

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**JEFFERSON GONÇALVES ALVES**

**O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA ESTRUTURA JURÍDICO-PENAL  
BRASILEIRA: OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE E DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO CRIME DE DESACATO**

**Florianópolis  
2018**

JEFFERSON GONÇALVES ALVES

O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA ESTRUTURA JURÍDICO-PENAL  
BRASILEIRA: OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE E DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO CRIME DE DESACATO

Monografia apresentada à Universidade Federal de  
Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em  
Direito

Orientador: Professor Doutor Matheus Felipe de Castro

Florianópolis

2018

“Não concordo com uma palavra  
do que dizes, mas defenderei até o último  
instante seu direito de dizê-la”.

Voltaire

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

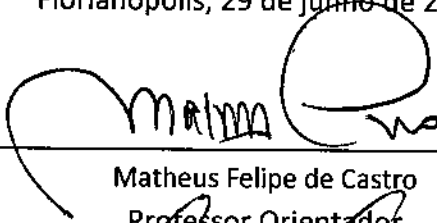
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

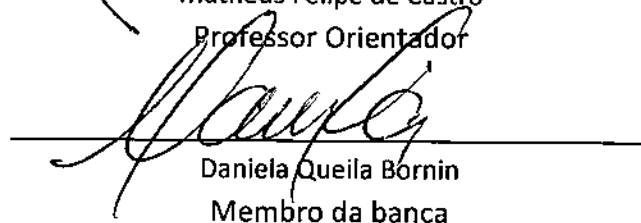
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE  
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC  
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815  
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

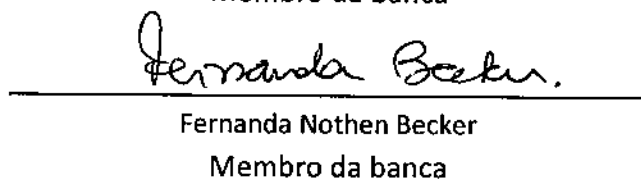
**TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC**

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "O papel dos Direitos Humanos na estrutura jurídico-penal brasileira: os Controles de Constitucionalidade e de Convencionalidade no crime de Desacato", elaborado pelo acadêmico Jefferson Gonçalves Alves, defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 dez  
( \_\_\_\_\_ ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 29 de junho de 2018.

  
\_\_\_\_\_  
Matheus Felipe de Castro  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
Daniela Queila Bornin  
Membro da banca

  
\_\_\_\_\_  
Fernanda Nothen Becker  
Membro da banca



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE  
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC  
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815  
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: Jefferson Gonçalves Alves

RG: 5.275.971

CPF: 063.862.009-00

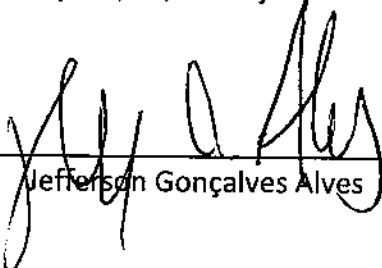
Matrícula: 13201151

Título do TCC: O papel dos Direitos Humanos na estrutura jurídico-penal brasileira: os Controles de Constitucionalidade e de Convencionalidade no crime de Desacato.

Orientador: Matheus Felipe de Castro

Eu, Jefferson Gonçalves Alves, acima qualificado, venho, pelo presente termo assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 29 de julho de 2018.

  
\_\_\_\_\_  
Jefferson Gonçalves Alves

## AGRADECIMENTOS

Chegou o momento mais esperado depois de cinco anos de dedicação e esforços. A caminhada até este momento não foi solitária. Muitas pessoas passaram por minha vida, algumas passaram, mas outras permaneceram e marcaram a trajetória e ficarão para sempre.

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais, Pedro e Rute por sempre acreditarem em mim e nunca me deixarem me sentir só. São a minha base e devo a eles tudo o que sou. Os seus ensinamentos levarei para toda a vida. São meu maior orgulho e exemplo de caráter, perseverança e amor. Minha mãe, nunca deixou que eu desistisse dos meus sonhos. Nunca permitiu que me faltasse nada. Mesmo ganhando pouco nunca hesitou em investir nos meus estudos. Ela estará na primeira fila assistindo à realização do meu sonho. Certamente cheia de orgulho.

Agradeço ao meu amigo Caio Stiegert, que além de ter me encorajado a escrever sobre um tema tão complexo, ajudou-me sobremaneira nesta empreitada. Esteve sempre disponível para ouvir nos momentos difíceis e me dar aquela injeção de ânimo “Vai valer a pena”!

Aos meus amigos Wellington Barros e Adelson Bruggemann, os quais tenho como referencial de inteligência e humanidade, por todo apoio e pela amizade a que tanto estimo e que são de extrema importância para mim;

Agradeço aos presentes que o curso de Direito me deu, Carol Vizeu e Bruna Nunes, que me acolheram desde o primeiro momento e são essenciais na minha vida.

Agradeço aos colegas da Graduação com quem compartilhei angústias e vitórias nesses cinco anos e fizeram com a que convivência fosse sempre prazerosa, mas em especial a Ana Laura Belz, a Déborah Guerreiro, ao Lucas Richter e a Viviani Ghizoni.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Matheus Felipe de Castro, que desde o primeiro momento acreditou no meu projeto, apoiando-me e se mostrando disponível com todo o seu conhecimento e profissionalismo.

Agradeço à Professora Doutora Daniela Bornin e à Doutora Fernanda Becker por aceitarem ler o meu trabalho e participar da banca examinadora.

Agradeço a todos os professores e servidores da Universidade, em especial aos servidores da Coordenação do curso de Direito e do Escritório Modelo, pois são eles que, além de manter toda aquela estrutura funcionando, são nossos segundos pais, mães e irmãos.

Sou grato a toda a sociedade que, de um modo ou de outro, é quem proporciona a existência da Universidade Federal de Santa Catarina.

**GRATIDÃO!**

## RESUMO

A existência do crime de desacato no ordenamento jurídico não encontra guarida no sistema democrático brasileiro, sendo incompatível inclusive com as normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Além de romper com a liberdade de expressão, este tipo penal visa a impedir a diversidade de ideias e opiniões, a obstar as críticas e a tolher a voz ativa do cidadão ao debate crítico, prestando-se como abuso e forma de proteção aos agentes do Estado em detrimento aos particulares. O objetivo do presente trabalho é defender o afastamento do desacato pela via do controle de convencionalidade, bem como de constitucionalidade, com vistas a evitar situações de autoritarismo e censura à liberdade de expressão tanto defendida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** desacato; atipicidade material; inconvenção; direitos humanos, liberdade de expressão.

## **ABSTRACT**

The existence of the crime of contempt in the legal system is not covered by the Brazilian democratic system, and is incompatible with international norms for the protection of human rights. In addition to being contrary to the freedom of expression, this type of behavior if codified as a crime aims to prevent diversity of ideas and opinions, hinder criticism and stop the active voice of citizens to critically debate. Consequently this may lead to the abuse by and form and protect the agents of the State to the detriment of individuals. The present work defends the removal of contempt by applying the control of conventionality and constitutionality, aiming to avoid authoritarianism and censorship of the freedom of expression defended by the Brazilian legal system.

**Keywords:** contempt; atypical material; inconventionality; human rights, freedom of expression.



## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais

ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART. – Artigo

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

INC. - Inciso

LC – Lei Complementar

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SÚMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....	12
1.1 OS DIREITOS HUMANOS E A DIMENSÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	12
1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	15
1.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....	17
1.3.1 Conceito.....	17
1.3.2 Panorama histórico da liberdade de expressão .....	18
1.3.3 A liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito.....	20
1.3.4 A liberdade de expressão no Brasil .....	20
1.3.5 A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 .....	26
1.3.5.1 Aspectos Gerais.....	26
1.3.5.2 A tutela da Liberdade de Expressão .....	28
1.3.5.3 Conteúdo e âmbito de proteção da Liberdade de expressão .....	29
1.3.5.4 Os sujeitos da Liberdade de Expressão .....	31
1.3.5.5 Os limites à liberdade de expressão e a colisão com outros direitos fundamentais .....	31
2. A TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	35
2.1. A TEORIA GERAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	35
2.1.1 Conceito.....	36
2.1.4 Os tratados internacionais e o Direito interno .....	39
2.2 AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	41
2.2.1 A liberdade de expressão nos Tratados Internacionais .....	42
2.2.3 O Pacto de San José da Costa Rica.....	43
2.2.4 O Pacto de San José da Costa Rica e a Liberdade de expressão .....	45
3. A INCONSTITUCIONALIDADE E A INCONVENCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO.....	48
3.1 O CRIME DE DESACATO .....	48
3.1.1 Contexto histórico.....	50
3.1.2 As relações políticas do desacato e abuso de poder .....	51
3.1.3 Incompatibilidade do tipo com a liberdade de expressão .....	52
3.1.4 Incompatibilidade do delito com a Constituição e com o PJSCR .....	53
3.2. OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE.....	55

3.2.1 O Controle de Constitucionalidade.....	55
3.2.2 O Controle de Convencionalidade.....	58
3.2.2.1 O controle concentrado de convencionalidade .....	60
3.2.2.2 O controle difuso de convencionalidade .....	61
3.2.2.3 O controle de supralegalidade .....	62
3.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO .....	62
4. CONCLUSÃO .....	67
REFERÊNCIAS .....	69
A)Bibliografia.....	69
B)Legislação .....	73
C)Jurisprudência .....	74

## INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, enquanto norma essencial à ideia de Estado Democrático de Direito, é postulado que emana do princípio da dignidade da pessoa humana e fator preponderante à soberania popular, traduzida em instrumento social do controle do poder.

As leis de desacato, ao conferirem proteção maior ao agente público e colocar os cidadãos em relação de disparidade, além de afrontarem a igualdade formal, preconizada pelo princípio republicano, inviabilizam a prerrogativa de fiscalização das atividades estatais, já que o cidadão, temendo sanções penais que se lhe possam ser afligidas, são desencorajados a expressarem suas opiniões de forma desembaraçada.

Busca-se demonstrar, a partir de uma perspectiva jurídica, sociológica e política, que o delito de desacato, presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Penal de 1940, é incompatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que prevê em seu art. 13 o direito amplo à liberdade de expressão e a proibição à censura prévia e, por se tratar de um tipo penal aberto e incerto quanto à sua caracterização, o delito vincula sua configuração à interpretação do agente público, que muitas vezes se utiliza da arbitrariedade para impossibilitar a voz ativa do cidadão.

Para tanto, parte-se de um exercício concreto de hermenêutica constitucional e convencional tomando-se por base os princípios do efeito integrador ou harmonizar e da concordância prática para demonstrar que na moderna sistemática jurídica pátria e internacional o delito de desacato representa um grande perigo à efetiva concretização das citadas garantias.

Diante do exposto, o objetivo desta pesquisa é tratar da inconveniência do crime de desacato tendo em vista suas recentes modulações do Direito Internacional acerca dos Direitos Humanos, sobretudo a liberdade de expressão, assim como da inconstitucionalidade do referido tipo penal e seus efeitos no Direito Brasileiro decorrentes da sua patente incompatibilidade com o sistema democrático de direito e os demais princípios constitucionais elencados na Constituição Federal de 1988.

Pretende-se, ainda, a partir de uma análise histórica e doutrinária, traçar um panorama jurisprudencial, identificando a postura dos tribunais superiores e das cortes internacionais que atualmente vêm tratando com muita cautela do assunto, tendo em vista as suas muitas implicações.

Utilizando o método de abordagem dedutivo, tratar-se-á da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais no primeiro capítulo, bem como da sua classificação ao longo da história e do seu posicionamento no Direito Internacional e na Constituição Federal de 1988. Ainda, abordar-

se-á a Liberdade de Expressão de forma pormenorizada, expondo sua relação direta com o Estado Democrático de Direito e os efeitos advindos da sua colisão com outros direitos fundamentais.

No segundo capítulo, verificar-se-á de que forma se dá a tutela internacional dos Direitos Humanos após sua incorporação ao Estado Brasileiro e a Teoria Geral dos Tratados Internacionais. Enquanto signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, explanar-se-á de que forma a liberdade de expressão é tratada na referida convenção e nos demais documentos internacionais que versam sobre Direitos Humanos.

No terceiro capítulo, cuidar-se-á do contexto histórico e das relações políticas do desacato com o abuso de poder, bem como da relação de incompatibilidade entre o crime e as garantias constitucionais e o Pacto de São José da Costa Rica, via Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade.

Examinar-se-á, por fim, a discussão do assunto no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 496, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como diversas outras normas jurídicas que investiam contra a defesa dos Direitos Humanos às quais a Corte, nesta mesma lógica, reconheceu a inconstitucionalidade.

No quarto capítulo serão tecidas as considerações finais acerca do tema deste estudo.

## **1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

### **1.1 OS DIREITOS HUMANOS E A DIMENSÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A concepção contemporânea de Direitos Humanos surge em 1948 com a Declaração Universal de Direitos Humanos, após a criação da Organização das Nações Unidas que tinha como principal objetivo a instauração da paz em todo o mundo. Mais de 50 países participaram da sua redação diante da promessa da comunidade internacional de conter as atrocidades ainda sentidas pela Segunda Guerra Mundial e pelo conhecido genocídio das mais distintas etnias.

A partir daí é que a questão dos Direitos Humanos deixava de ser um problema interno de cada país e se tornava assunto jurídico internacional.

Já nos seus primeiros artigos, a Carta dos Direitos Humanos preconizava que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Elas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir com espírito de fraternidade em relação umas às outras. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie (CASTILHO, 2015, p. 18).

A teoria da classificação dos direitos foi lançada pelo tcheco-francês Karel Vasak em uma conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, na França. Vasak os classificou em 3 gerações, inspiradas nos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), o que mais tarde foi ampliado para até 5 gerações por alguns autores.

Essa classificação dos direitos, entretanto, serve apenas como parâmetro para a aferição de evolução no tempo e no espaço, já que as gerações de direitos não são excludentes entre si. Trata-se de adaptação de antigos direitos a novas exigências, conforme Gilmar Mendes:

A distinção entre as gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardem, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como o da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito à propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente. Os novos direitos

não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais (MENDES, 2014, p. 145).

Anota-se que a primeira geração de direitos foi a de direitos civis e políticos, resultantes, principalmente, da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e da Declaração Francesa dos direitos do Homem e do Cidadão, fruto da consolidação dos direitos de indivíduos em face do poder soberano do Estado absolutista. No seu curso de Direito Constitucional, diz Paulo Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2003, p. 563).

Esses direitos foram os primeiros a serem positivados e referem-se às liberdades individuais de cada cidadão, sem preocupações de cunho social. Eles traduzem-se na abstenção do governo, constituindo-se em obrigações de não fazer e de não intervenção do Estado em questões da vida particular de cada indivíduo.

Após a Primeira Guerra Mundial, o conceito de Estado de Bem-estar social ganha força quando surge a necessidade de intervenção direta do Estado para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, os chamados direitos de segunda geração.

Consagrado o modelo de Estado Liberal, pautado nas prestações negativas, viu-se a necessidade da sua transição para o constitucionalismo social, em que o Estado passara a atuar positivamente de modo a suprir as necessidades sociais advindas da Primeira Revolução Industrial.

Nesta segunda geração de direitos o princípio da igualdade de fato ganha destaque, urgindo o reconhecimento de liberdades sociais, como o direito de greve e liberdade de sindicalização.

Para André de Carvalho Ramos:

A segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora indispensável para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerada uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para assegurar uma condição material mínima de sobrevivência (RAMOS, 2016, p. 58).

A partir dos anos 1960, emergem ideais de solidariedade e fraternidade caracterizados pela proteção aos direitos de titularidade coletiva ou difusa, como aqueles relativos ao

desenvolvimento, autodeterminação dos povos e paz. Na sabedoria de Wolfgang Sarlet, os direitos de terceira geração

trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 1998, p. 51).

Assim, qualquer que seja a geração de direito, todas se traduzem como garantias alcançadas ao longo do tempo e da história, incorporadas gradativamente ao ordenamento jurídico positivo através das conquistas políticas e sociais.

Nesse contexto, toma especial relevância a discussão sobre as raízes dos direitos fundamentais e sua ligação direta com os direitos humanos. Estes conceitos, aliás, confundem-se muitas vezes, sobretudo porque se referem aos mesmos objetos: a garantia dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade, distinguindo-se apenas no modo de efetivação, no tempo e no espaço (FARIAS, 2004, p. 26).

Em que pese essa aproximação de conceitos, uma análise mais aprofundada de seus conteúdos permite revelar algumas especificidades.

Para grande parte dos teóricos, direitos humanos são aqueles postulados em bases jusnaturalistas e se distinguem dos direitos fundamentais por não estarem positivados em uma base jurídica específica, mas por designarem pretensões em relação à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Diante dessa distinção, atualmente a doutrina vem dando preferência ao uso da expressão “direitos fundamentais” para referir-se à dimensão constitucional desses direitos e “direitos humanos” para referir-se à dimensão internacional daqueles direitos que são proclamados em declarações e tratados internacionais (FARIAS, 2004, p. 27).

Sob essa perspectiva, direitos fundamentais constituem a esfera de direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos incorporados no ordenamento jurídico de cada Estado, levando em consideração o seu contexto histórico-cultural. Em outras palavras, esta é a categoria jurídico-constitucional dos direitos humanos e se refere aos direitos subjetivos básicos protegidos pela Constituição Federal de uma nação.



Quanto à forma de proteção ou o grau de efetividade, as ordens internas possuem mecanismos de implementação mais eficientes e mais céleres do que a ordem internacional, já que os direitos fundamentais vigem em base jurídica concreta e passível de controle por mecanismos previstos na própria norma constitucional.

Tais particularidades, porém, não colocam os conceitos em esferas estanques. Os direitos humanos internacionais encontram, não raro, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados. Os direitos fundamentais, por sua vez, incorporam na sua tábua de direitos aqueles proclamados em diplomas e em declarações internacionais (MENDES, 2014, p. 151).

Nesse contexto, os direitos fundamentais nascem como uma importante ferramenta de proteção do cidadão contra as violações e abusos praticados pelo Estado, seus agentes e por particulares. Ricardo Castilho diz que “a expressão direitos humanos representa o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos” (CASTILHO, 2011, p. 11).

## 1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 classificou os direitos fundamentais em cinco diferentes grupos, positivados entre os arts. 5º e 17º do no Título II, como: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Tanto os direitos individuais quanto os coletivos<sup>1</sup> encontram-se previstos no art. 5º, da Constituição. Estes direitos estão intrinsecamente ligados ao conceito de pessoa humana, como o direito à vida, à dignidade, e carregam o traço característico das chamadas liberdades negativas ou dos direitos de primeira geração.

---

<sup>1</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Os direitos fundamentais coletivos carregam as mesmas características dos supracitados e estão espalhados entre os incisos XVII ao LXX, como direito de reunião, de associação e mandado de segurança.

Os direitos sociais<sup>2</sup> são encontrados no art. 6º da Magna Carta e referem-se às prestações positivas do Estado, indispensáveis ao Estado Social de Direito.

Tais direitos reafirmam a concretização da igualdade material ou substancial dos indivíduos e garantem, por exemplo, direito à saúde<sup>3</sup>, à educação<sup>4</sup>, dentre outros.

No art. 12º da Constituição Federal é possível encontrar os direitos da nacionalidade, indispensáveis ao exercício de cidadania. São esses direitos que ratificam o vínculo jurídico-político do cidadão ao Estado e confere-lhe a prerrogativa de exigir dos governantes o cumprimento dos deveres que lhes são de direito.

Os direitos políticos, em conjunto com os direitos de nacionalidade, conferem condições de cidadania e de participação nas questões políticas do Estado aos cidadãos. Eles estão enumerados no art. 14º da Constituição.

Neste passo, mister se faz esclarecer que nosso sistema constitucional é um sistema aberto de regras e princípios.

Tendo em vista o caráter materialmente extenso do texto constitucional no que tange aos direitos fundamentais, o sistema constitucional conferiu às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais o caráter de aplicação imediata.

Isso significa dizer que tais regras transcendem ao caráter meramente programático das normas de direitos fundamentais e não dependem de regulamentação pelo legislador ordinário para que sejam aplicadas.

A aplicabilidade imediata<sup>5</sup> conferida pelo art. 5, §1º, da Constituição, não se limita às normas nela expressas, mas alcança todos os outros direitos fundamentais implícitos<sup>6</sup>, estejam eles dentro ou fora do texto constitucional, conforme dicção do art. 5º, § 2º.

---

<sup>2</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>3</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>4</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>5</sup> § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>6</sup> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Entretanto, ainda que a regra seja a da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, alguns deles dependem de regulamentação para que produzam efeitos.

Para Ingo Sarlet, independentemente de as normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais terem sua eficácia limitada, deve o Estado potencializar sua eficácia a fim de conferir-lhes máxima efetividade:

A melhor exegese da norma contida no art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização, isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais... seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta (SARLET, 2011, p. 270).

Aos poderes públicos, neste viés, incumbe a obrigação de extrair a maior eficácia possível das normas que consagram os direitos fundamentais, com o intuito de conferir-lhes robustez aos efeitos relativos às demais normas constitucionais. Deve-se considerar, neste sentido, que a aplicabilidade imediata e plena dessas normas constitui “um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição, o que induz à afirmação de que, em certo sentido, os direitos e princípios fundamentais regem e governam a própria ordem constitucional” (SARLET, 2011, p. 270 – 271).

### 1.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

#### 1.3.1 Conceito

Direitos fundamentais são direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, base de onde emanam inúmeros outros direitos de liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos, liberdade e garantias relacionadas à difusão de ideias e das notícias que corresponde a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos.

A difusão de pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias da sociedade são representados, segundo Farias, pela expressão *liberdade de expressão e comunicação*: em primeiro lugar, por que liberdade de expressão substitui os conceitos de liberdade para manifestação do pensamento, de opinião, de consciência, de ideia, de crença e de juízo de valor. Em segundo lugar porque liberdade de comunicação melhor representa as expressões de liberdade de imprensa e de informação (FARIAS, 2004, p. 53).

Entretanto, é a doutrina que aponta para uma segunda classificação da liberdade de expressão como gênero do qual são espécies as liberdades de comunicação, a liberdade de

manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação, caracterizadores da liberdade de imprensa.

Seja qual for a classificação adotada, liberdade de expressão representa o direito de qualquer indivíduo se manifestar livremente, de externar seus pensamentos, suas ideias, seus sentimentos, suas opiniões e expressar suas convicções filosóficas, políticas e religiosas. Representa a faculdade de qualquer indivíduo exercer o direito à crítica, à discordância, devendo se comunicar sem impedimentos nem discriminações, seja de forma oral, escrita, por meio de imagem, sinais, símbolos e até mesmo pelo silêncio ou qualquer outro meio de difusão. (FARIAS, 2004, p. 54).

### 1.3.2 Panorama histórico da liberdade de expressão

A liberdade de expressão, na Grécia, era um dos valores mais solenes: qualquer cidadão ateniense se orgulhava do direito à fala nas assembleias públicas. Sem embargo de terem os gregos deixado um marcante legado na história da democracia, poucos eram os considerados cidadãos autênticos e, portanto, curta era a parcela que detinha dos direitos na *politeia*<sup>7</sup>.

Em 1644, John Milton, em seu discurso no parlamento inglês, trouxe o conceito de livre manifestação de pensamento como “condutor ao avanço do conhecimento e da descoberta da verdade”, na tentativa anos mais tarde bem-sucedida de ver dizimada a censura prévia. Cinquenta e um anos depois da *Areopagítica*<sup>8</sup> de Milton, a Inglaterra dava seu primeiro passo em prol da liberdade de expressão, quando seu parlamento recusou o *License Act*.<sup>9</sup> (FARIAS, 2004, p. 59).

É certo que a liberdade de expressão é fruto do constitucionalismo e do Estado liberal. Foi nas revoluções americana e francesa que ela foi consagrada como um direito fundamental nos moldes que compreendemos até hoje (FARIAS, 2004, p. 59).

Em 1776 a *Virgínia Bill of Rights* proclamava que a liberdade de imprensa deveria ser ilimitada, e a primeira emenda à Constituição Americana, em 1791, ampliou ainda mais essa

---

<sup>7</sup> Politeia é um termo grego utilizado para se referir a um conjunto de cidades independentes, as cidades-estado ou *polis*. Essas cidades possuíam uma assembleia de representantes escolhidos por cidadãos livres, como parte de seu processo político, e com normas próprias, imaginada por Platão como sendo uma cidade onde a ética e a virtude deveriam imperar.

<sup>8</sup> *Areopagítica* é a obra de John Milton classificada como o ponto de partida de toda a reflexão acerca das liberdades essenciais relativas ao direito de informação, considerada também como o marco fundador em defesa da liberdade de imprensa. O texto, escrito por ele para ser lido no Parlamento inglês, reúne argumentos contra a censura prévia e se constitui de base da concepção liberal de direito de informação.

<sup>9</sup> Norma jurídica inglesa que previu a reintrodução da censura prévia e do monopólio da produção de livros pelo estado Inglês.

liberdade. Desde então, todos os cidadãos poderiam direcionar petições ao Governo, reunirem-se pacificamente e realizarem seus cultos livremente.

Na França, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirmou o entendimento, principalmente, no que diz respeito às liberdades fundamentais do homem, estabelecendo que “a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789). Anos mais tarde, em 1793, o estado Francês proclamava a liberdade de expressão na sua Constituição, em seu art. 7º, e passava a assegurar aos cidadãos o direito de se reunirem pacificamente, manifestarem livremente seu pensamento e opiniões e exercerem seu culto sem nenhuma restrição.

Buscando renovar a proclamação dos franceses, a Organização das Nações Unidas concebeu uma nova Declaração Universal dos Direitos Humanos, em novembro de 1948, logo após Assembleia da Organização dos Estados Americanos aprovar, em abril do mesmo ano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na cidade de Bogotá.

A IX Conferência Interamericana, realizada na Colômbia, buscando a consagração americana dos direitos essenciais do homem, aprovou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, estabelecendo em seu art. 4º que “toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio” (OEA, 1948).

Materializado na Carta das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos Humanos buscava, sob o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, corporificando o livre pensar e se expressar nos seus artigos 18 e 19:

Art. 18 - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

Art. 19 - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (ONU, 1948).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 preconiza, em seu art. 19, que “ninguém poderá ser molestado de suas opiniões, conferindo “liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de toda espécie a toda e qualquer pessoa” (ONU, 1966).

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, ocorreu em novembro de 1969 na cidade de San José e será tratada em tópico específico, no Capítulo II.

### **1.3.3 A liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito**

A liberdade de expressão é o direito fundamental indissociável de qualquer governo democrático. Ela exerce o papel decisivo de instrumento de controle do poder e sua contraposição, a censura, representa a supressão do Estado democrático.

A ausência da liberdade de expressão ou seu exercício limitado enfraquecem a democracia, na medida em que ela serve de ducto para conquista e manutenção de outros direitos fundamentais.

Sobre o tema, diz o jurista português Jónatas Machado:

A liberdade de expressão em sentido amplo é um elemento estruturante da ordem democrática constitucional. Não admira que alguma doutrina tenha avançado com a ideia de 'Democracia Comunicativa' e conferido à garantia dos Direitos fundamentais da comunicação o estatuto jurídico-dogmático de subprincípio concretizador do princípio democrático. A ligação que se estabelece entre liberdade de expressão e a democracia é uma verdade evidente por si mesma no seio da toda a jurisprudência e doutrina constitucionais, encontrando-se referida em praticamente todas as obras que versa sobre aquele direito fundamental (MACHADO, 2002).

A liberdade de expressão, portanto, carrega o significado de um direito fundamental basilar da ordem constitucional em sua dimensão objetiva, que participa da essência do Estado Democrático na medida em que opera como limite ao poder e serve como diretriz para a sua ação.

Diante disso, vale sublinhar que a relação entre a liberdade de expressão e a democracia é de uma recíproca disciplina e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo quanto mais se exerce a liberdade de expressão, mais se está exercendo a democracia e vice-versa (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 496).

### **1.3.4 A liberdade de expressão no Brasil**

Várias foram as concepções filosóficas sobre liberdade de expressão no Brasil, desde a total proibição ao direito de manifestação pública até o regime de liberdade de imprensa.

Até a chegada da Corte Real ao Brasil em 1808, o governo português suprimia todas as tentativas de instauração da liberdade de imprensa no país visando conter a mobilização da opinião pública contra a dominação portuguesa. Foi então que em 31 de maio daquele ano a imprensa foi oficializada pelo Ato Real de Dom João VI (LOPES, 2008).

Registra-se que no Brasil Colônia surgiram muitos jornais, a maioria com pouco tempo duração, autorizados a publicar anúncios, convites, letras de câmbio e outros papéis semelhantes. Em 1821 a censura deu lugar às punições aos crimes de imprensa.

A Constituição do Império de 1824, influenciada pela Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 e, mais adiante, pela Declaração de Direitos da França de 1789, foi pioneira ao prever a liberdade de imprensa no inciso IV do art. 179, como um dos direitos civis invioláveis dos cidadãos, nos seguintes termos:

Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste Direito, nos casos e pela forma que a Lei determinar (BRASIL, 1824).

Note-se que tal dispositivo da constituição de 1824 conferia a plena liberdade de imprensa e previa expressamente a proibição de censura. Garantia-se a liberdade de pensamento, privada ou pública, e sua exteriorização por meio da imprensa escrita, que era restrita à época.

Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira constituição Republicana no Brasil, marcada pelo início de uma restrição à liberdade.

A Constituição da República de 1891 reproduziu as garantias dispostas na constituição anterior, mas inovou ao incluir a proibição do anonimato.

No §12 do art. 72, a Constituição com o mais longo tempo de duração até então existente, garantia a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, como se vê:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato (BRASIL, 1891).

A Constituição de 1891, portanto, consagrando o já disposto na Constituição do Império sobre a liberdade de manifestação do pensamento e de inexistência de censura, adicionou a previsão de responsabilização daqueles que cometessem abuso ao exercerem essa liberdade.

Após a chamada Revolução Constitucionalista de 1932, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 que, assim como nas anteriores, conferia a inviolabilidade dos direitos relativos à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, porém modificou em larga medida a abordagem da liberdade de imprensa:

Art. 113, nº 9 - Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo

cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1934 reafirmara, então, a livre manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa e a proibição do anonimato e da censura, esta última, porém, de forma limitada, vez que era permitida aos espetáculos que fossem abertos ao público sem nenhuma distinção e às diversões públicas por não possuírem, necessariamente, conteúdo intelectual.

Até este momento, em que pese todas as constituições terem previsto a liberdade de imprensa como princípio em seus textos, nem sempre ela foi de fato aplicada, seja por falta de acolhimento por parte dos governantes, seja por ausência de legislação específica que a regulasse (PINTO, 2001, p. 86).

O histórico de luta pela liberdade de expressão despontou no país após a instauração do Estado Novo de Getúlio Vargas em 1937. Nesta época o governo amplificou a atividade censória ao criar os “Departamentos de Imprensa e propaganda”, única e exclusivamente com o intuito de censurar os meios de comunicação, aniquilando qualquer propaganda que difundisse a imagem do “pai dos pobres”, como ficou conhecido Vargas.

A Constituição de 1937 seguiu assegurando o direito à liberdade, à segurança privada e à propriedade em seu texto normativo, porém limitou seu exercício aos brasileiros residentes no País.

Tal constituição representou enorme retrocesso no que concerne aos direitos e garantias fundamentais. Seu texto normativo não inovou em relação ao anterior ao garantir a livre manifestação de pensamento, mas a condicionou aos limites prescritos em lei, conferindo ao legislador o poder censurar previamente:

Art. 122, nº 15 - Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

- a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
- b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
- c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

- a) a imprensa exerce uma função de caráter público;
- b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;



- c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente, nos jornais que o difamarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;
- d) é proibido o anonimato;
- e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;
- f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;
- g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, sendo vedado a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos (BRASIL, 1937).

Em que pese o texto normativo da constituição de 1937 conferir liberdade de manifestação do pensamento, tal garantia era plenamente exaurida pelo previsto nas suas alíneas, já que conferia ao legislador poderes de instituição de censura prévia<sup>10</sup> à imprensa pautando suas justificativas em conceitos juridicamente indeterminados.

Outra característica que torna evidente o caráter ditador da Constituição de 1937 é a ampla autorização censória dada ao Presidente da República durante o estado de emergência, como se vê:

Art. 168 - Durante o estado de emergência as medidas que o Presidente da República é autorizado a tomar serão limitadas às seguintes:  
 b) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas;  
 § 2º - Em todos esses casos o pronunciamento da Câmara dos Deputados só se fará após a terminação do estado de emergência (BRASIL, 1937).

A constituição seguinte, promulgada em 18 de setembro de 1946, voltou a garantir a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

Em relação ao direito à liberdade de expressão, prescreve o seu art. 141, § 5º:

É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe (BRASIL, 1946).

---

<sup>10</sup> Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: X - correios, telégrafos e radiocomunicação; XVIII - o regime dos teatros e cinematógrafos; XX - direito de autor; imprensa; direito de associação, de reunião, de ir e vir; as questões de estado civil, inclusive o registro civil e as mudanças de nome.

Imersa às atrocidades cometidas na época contra os direitos humanos pelos regimes autoritários, a constituição de 1946 repetiu as garantias institucionalizadas na constituição de 1934 em relação à livre manifestação do pensamento, acrescentando apenas a vedação às propagandas que contivessem conteúdos preconceituosos de raça ou de classe.

Resta indubitosa a tendência antidemocrática da época quando do início da criação dos Atos Institucionais que marcaram a primeira fase da Ditadura Militar no Brasil.

O Ato Institucional nº 1 serviu de substrato jurídico para o estabelecimento de direito do regime militar. Outorgou-se o poder de legislar aos militares, e aos seus líderes foram dados os poderes constituintes, postos acima do poder legislador da constituição. Tornou-se possível a suspensão de direitos políticos pelo prazo dez anos e a cassação de mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, todos esses atos excluídos da apreciação judicial.

Com sua outorga no Regime Militar, a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional de 1969, virtualmente ampliou a proteção ao direito à liberdade, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito à livre de manifestação de convicção política ou filosófica.

Outrossim, vale dizer que a proteção conferida ficou apenas no papel. A constituição de 1967 não aboliu o princípio da liberdade de pensamento, mas restringiu sua aplicação ao condicioná-la aos parâmetros da ordem pública e dos bons costumes.

O caput do art. 150 da Constituição de 1967 garantia o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade dos quais se desdobravam todos os outros direitos fundamentais constantes naquela carta magna, mas impunha sanções jurídicas a todo aquele que abusasse da livre manifestação do pensamento com o objetivo de opor-se ao governo.

Em relação à liberdade de expressão, esta era a dicção do seu §8, art. 150:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença de autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem, ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967).

No mesmo sentido das Constituições anteriores, o diploma normativo de 1967 previu a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, regulamentadas mais tarde pela Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, mas deixou de conter a proibição expressa do anonimato.

Apesar da aparência democrática da Constituição de 1967, ela era apenas de fachada, dada a essência autoritária deste modelo que ficou evidente com a concentração exacerbada do Poder Executivo Federal (PINTO, 2001, p. 86).

Em 13 de dezembro de 1968 era promulgado o Ato institucional n. 5, dispositivo normativo que revogou todas as garantias previstas no texto constitucional de 1967 ampliando sobremaneira a relativização à liberdade de imprensa. Indispensável se faz a transcrição dos arts. 4º, 5º e 11º do referido Ato Institucional:

Art. 4º. No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único. Aos Membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quórum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 5º. A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

I – cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

II – suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III – proibição de atividades ou manifestações sobre assunto de natureza política;

IV – Aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:

a) liberdade vigiada;

b) proibição de frequentar determinados lugares;

c) domicílio determinado.

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados;

§ 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste art. serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.

Art. 11. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos (BRASIL, 1968).

O Ato Institucional n. 5 foi um ponto fundamental de uma radicalização do regime militar. A censura retornou de forma arrasadora. Suspendeu-se a vigência da Constituição de 1946, dissolveu-se o Congresso Brasileiro e instaurou-se um regime marcado por prisões, torturas e mortes. Coibiram-se todas as formas de manifestação e expressão de ideias e o objetivo passou a ser a omissão da corrupção, das torturas e violências policiais e das mazelas causadas pelo período.

### 1.3.5 A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988

#### 1.3.5.1 Aspectos Gerais

Com o fim da ditadura militar marcada pelo início do movimento que culminou com a edição da Emenda Constitucional 26/1985<sup>11</sup>, os brasileiros passaram a ter inúmeros direitos até então suprimidos no regime militar, como o direito da liberdade de expressão.

A convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 deu início ao que a doutrina chama de “abertura política”, num contexto social sublinhado pelas várias reivindicações de diversos segmentos da sociedade, como órgãos de representação e entidades sindicais.

Após ampla participação da sociedade civil por meio de audiências públicas através das muitas subcomissões temáticas e a apresentação, apenas nesta fase, de mais de 14.911 propostas de emendas promulgou-se o texto da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988.

A despeito das principais características do seu texto constitucional, a Carta Magna de 1988 é considerada a mais democrática e avançada até então na nossa história constitucional, fator atribuído principalmente aos acontecimentos pretéritos aos quais o país havia sido outrora submetido (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 253).

Outro aspecto distintivo da Constituição de 1988 revela-se tanto no preâmbulo quanto no título dos Princípios Fundamentais da Constituição de 1988. Cuida-se de um fator de estrutura constitucional normativa voltada para o ser humano e seu pleno desenvolvimento de modo que pela primeira vez o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito:

Trata-se de um documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, caráter fortemente dirigente, pelo menos quando se toma como critério o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social cultural e ambiental contidos no texto constitucional, para o que bastaria ilustrar como exemplo os assim chamados objetivos fundamentais elencados no art. 3º (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 253).

---

<sup>11</sup> De acordo com Ismael Evangelista Benevides Moraes, “a Emenda Constitucional nº 26, de 1985, colocou no mesmo texto a convocação da constituinte, suas condições de realização e a anistia, como um dos pressupostos de possibilidade da construção da nova ordem constitucional, motivo pelo qual os Ministros Eros Grau, Relator, e Gilmar Mendes entenderam, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153, que tinha como objeto a Lei Federal nº 6.683/79 – Lei da Anistia, concluíram não há como questionar se esta foi ou não recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Apesar de seu aspecto *sui generis*, a referida emenda constitucional não pode ser considerada obra do poder constituinte, tradicional ou evolutivo, ou mesmo do Congresso Nacional como poder constituído, senão como ato político único que convocou o poder constituinte. Com ele não se confunde nem se identifica” (MORAES, 2013).

A Constituição Cidadã de 1988 também acertou ao incorporar a prevalência dos direitos humanos no âmbito das relações internacionais<sup>12</sup> como fator importante de integração da comunidade internacional. À guisa de alcançar a integração econômica, política e social dos povos da América Latina<sup>13</sup>, o texto constitucional recepcionou boa parte dos direitos até então eminentes no plano internacional, abrigando os direitos e as garantias individuais clássicos dispersos ao longo do seu texto constitucional, bem como inúmeras garantias constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 254).

O regime jurídico da liberdade de expressão na Constituição de 1988 faz parte de um arcabouço jurídico-constitucional correspondente ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com o autêntico Estado Democrático de Direito. Criou-se, na verdade, uma cláusula geral que serve como base para a proteção das mais diversas formas de manifestação da liberdade de expressão.

O texto constitucional de 1988, diferentemente das outras ordens constitucionais, adotou o termo “liberdade de expressão” como gênero que engloba as mais variadas manifestações específicas, tais como a manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e crença, a liberdade de comunicação e imprensa, e a livre expressão artística, intelectual e científica.

A Constituição de 1988 guarda uma grande sintonia, no que diz respeito à liberdade de pensamento e de expressão, com a evolução dos direitos humanos no âmbito internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. É possível encontrar na referida declaração<sup>14</sup> proteção às opiniões, independentemente de fronteiras, sem interferência.

Adiante, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em seu art. 19<sup>15</sup> amplia a proteção conferida pela Declaração supracitada, e foi incorporado ao direito interno em 1992, vinte e seis anos após a sua edição.

---

<sup>12</sup> Art. 4º- A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

<sup>13</sup> Art. 4º- Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

<sup>14</sup> Art. 19 - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

<sup>15</sup> Art. 19 - 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Por fim, cita-se o art. 13.1<sup>16</sup> da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, igualmente ratificada pelo Brasil, que também garante a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento e de expressão e proíbe a restrição desse direito por vias ou meios indiretos ou por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. Esta convenção será tratada de forma mais detalhada no capítulo seguinte.

### 1.3.5.2 A tutela da Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão corresponde a uma das mais antigas reivindicações do homem e, por este motivo, é um dos mais valiosos direitos fundamentais, à medida que atua como pressuposto fundamental necessário à concretização, manutenção e aperfeiçoamento regime democrático e dos demais direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 traz a liberdade de expressão de modo direto em seu inciso IV, art. 5º ao assegurar “a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Mais adiante, em seu inciso seguinte, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, sem prejuízo de indenização por danos morais, materiais ou à imagem. No inciso VI do mesmo art., a Carta Magna assegura a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, garantindo o livre exercício de cultos religiosos e protegendo os locais de culto e suas liturgias. De suma importância para a garantia da liberdade de expressão é o inciso IX, conforme o qual “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, bem como o inciso XIV do mesmo art. em que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Sobreleva notar, conforme dito anteriormente, diversos são os dispositivos relacionados à liberdade de expressão que, ao serem conjugados, tornam-se verdadeira cláusula geral. É o caso do art. 220, ao dispor que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sobe qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão quaisquer restrições,

---

<sup>16</sup> Art. 13 - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

observado o disposto nesta constituição”. Importante se faz a menção dos §§ 1º e 2º do presente artigo, haja vista neles conter a proibição de qualquer dispositivo de lei que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, bem como a vedação de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística.

#### 1.3.5.3 Conteúdo e âmbito de proteção da Liberdade de expressão

Conforme dito acima, a Constituição Federal de 1988 adotou a expressão liberdade de expressão como um termo genérico de um direito fundamental amplamente protegido composto de conglomerado de garantias dispersas pelo texto constitucional, constituindo-se como um “direito-mãe”. Trata-se de uma concepção geral que requer uma abordagem sistemática e integrada, consideradas as devidas peculiaridades, da qual decorrem liberdade de manifestação do pensamento e da expressão artística, da liberdade de ensino e pesquisa, de comunicação e de informação ou liberdade de imprensa, e da liberdade de expressão religiosa. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 495 *apud* MACHADO, 2002, p. 370)

A liberdade de manifestação de pensamento encontra um dos seus principais fundamentos na dignidade da pessoa humana e, como anteriormente aventado, constitui-se de uma das condições do exercício da democracia e do pluralismo político. Está-se, portanto, diante de um genuíno permissivo da externalização das opiniões, juízos de valor, inclusive a respeito da opinião de terceiros, fatos, ideias, sejam elas verbais ou não verbais, como por exemplo através da música e das artes, devendo ser o âmbito de proteção dessas garantias interpretado de forma mais ampla possível.

Assim, percebe-se que todas as formas de manifestação estão largamente protegidas pela liberdade de expressão. Contanto que não violentas, as mensagens orais, escritas, teatrais, gestos, sons, imagens, sinais, não podem sofrer restrições. À propósito, as questões de negativas de fatos ou a obrigatoriedade da existência de um dever de verdade em relação aos fatos, bem como os chamados delitos de opinião, devem estes estarem protegidos pela liberdade de expressão. Desta sorte, ressalvadas as manifestações que de algum modo afrontem outros direitos fundamentais ou que representem incitação ao crime, opiniões que difundam crítica contrária à ordem constitucional democrática não podem resultar em delito de opinião (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 497-498).

O direito à liberdade de expressão contempla não somente as faculdades positivas, mas traduz-se também em verdadeiro direito de defesa. Desta forma, ao indivíduo é dada a

prerrogativa de não ser impedido de exprimir ou divulgar suas ideias e opiniões, sendo-lhe facultado o exercício do direito negativo.

Sarlet ainda enfatiza a existencia de uma dupla dimensão subjetiva e objetiva da liberdade de expressão. No plano subjetivo, comporta tanto deveres de abstenção quanto de prestações e, na esfera objetiva a liberdade de expressão importa deveres estatais de proteção, bem como, para além de um direito individual, reflete um valor central para o Estado Democrático de Direito e para a própria dignidade da pessoa humana, conforme se lê a seguir:

Com efeito, também em relação à liberdade de expressão importa enfatizar que ela apresenta uma dupla dimensão subjetiva e objetiva, ou seja, operando como direito subjetivo individual (e mesmo coletivo, a depender do caso), tanto de matriz negativa (implicando deveres de abstenção, ou seja, de não impedimento de ações) e, a depender do caso, direitos subjetivos a prestações, por sua vez, fortemente vinculados à dimensão objetiva, que importa em deveres estatais de proteção, em parte satisfeitos mediante a edição de normas de cunho procedimental e criação e regulamentação de instituições (órgãos) que atuam na proteção e promoção dos direitos, como é o caso, por exemplo, da criação, no plano constitucional, do Conselho de Comunicação Social (art. 224, da CF<sup>17</sup>) (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 498).

Obviamente, em sede de dimensão objetiva da liberdade de expressão, os deveres de proteção ora dispostos prestam-se a vincular todos do poder judiciário para que, mediante controle de constitucionalidade, apreciem os atos estatais que prejudiquem o pleno gozo da liberdade de expressão, sem prejuízo da análise dos prejuízos trazidos à colação no âmbito das relações entre particulares.

A exemplo do que toca ao controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República<sup>18</sup> para “excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”, tendo em vista a proteção constitucional dos direitos de liberdade de e de reunião. A Corte entendeu, acertadamente, que a realização de manifestações públicas ou marchas nada tem a ver com a apologia ao uso indevido de drogas ilícitas, mas que configura forma de manifestação da liberdade de expressão através do direito de reunião.

---

<sup>17</sup> Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

<sup>18</sup> Trata-se da ADPF 130 suscitada pela Procuradora da República em exercício contra a proibição de manifestações públicas em defesa da discriminação do uso de drogas, como é o caso da Marcha da Maconha. Em seu voto, o relator Min. Celso de Mello entendeu que a defesa da legalização das drogas em espaços públicos não se confunde com ilícito penal indicador de apologia ao fato criminoso, mas que representa a prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento e do direito de reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou a menor receptividade social da proposta submetida, por seus autores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade.



De outra banda, contemplando as expressões simbólicas amplamente protegidas pela ordem constitucional independentemente de censura ou licença<sup>19</sup>, a mesma Corte concedeu liberdade<sup>20</sup> a um diretor teatral e determinou o imediato trancamento da ação penal proposta contra ele sob a acusação de prática de ato obsceno previsto no art. 233 do Código Penal<sup>21</sup>. Reagindo às vaias, o diretor de teatro expôs suas nádegas desnudas e simulou ato de masturbação ao público, conduta certamente atentatória ao pudor. Entretanto, ainda que deselegante e deseducada, a conduta do diretor foi considerada um protesto grosseiro contra o público, haja vista ser o conceito de obscenidade variável no tempo e no espaço e, tendo em vista o contexto em que a conduta ocorreu, o ato caracterizou-se pela própria liberdade de manifestação e reação às vaias.

#### 1.3.5.4 Os sujeitos da Liberdade de Expressão

Rege o caput do art. 5º da Constituição Federal que todos os direitos serão garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, como expressão do princípio da universalidade. Sendo o direito à liberdade de expressão o mais democrático direito fundamental, deve ele ser exercido por todos sem nenhuma distinção.

Por outro lado, tratando-se de um direito de abstenção do Estado, tal liberdade será exercida, via de regra, contra o poder público, vinculando todos os poderes públicos, bem como nas relações entre particulares. Em consequência, impende destacar que os abusos cometidos nas relações privadas são igualmente tutelados na ordem constitucional<sup>22</sup> pelo direito de resposta e de indenização por dano imaterial causados pelo uso abusivo da liberdade de expressão.

#### 1.3.5.5 Os limites à liberdade de expressão e a colisão com outros direitos fundamentais

A despeito da sua indubitável relevância para o exercício da democracia e do pluralismo político, a liberdade de expressão encontra limites previstos, dentre outros, diretamente pelo constituinte, em que pese ocuparem posição preferencial quando em conflito com outros

---

<sup>19</sup> Art. 5º. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

<sup>20</sup> Trata-se do HC 83.996 julgado pelo STF em 17 de agosto de 2004 que concedeu liberdade ao diretor de teatro Gerald Thomas por ocasião de ação penal proposta contra ele no Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro. O diretor reagiu a vaias do público e baixou as calças, mostrou as nádegas para a plateia e simulou ato de masturbação.

<sup>21</sup> Dispositivo atualmente revogado pela Lei nº 12.015, de 2009, que previa pena de detenção ou multa para quem praticasse ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público.

<sup>22</sup> Art. 5º. V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

princípios constitucionais ou outros direitos de mesmo *status*. De toda sorte, tal posição preferencial não atribui caráter de superioridade em uma hierarquia entre as normas constitucionais à liberdade de expressão e todas as suas formas de manifestação, tampouco a transforma em um direito absolutamente imune a qualquer restrição ou limite, mas visa a conferir vantagem a essa liberdade quando se está diante de conflito com outros bens fundamentais individuais ou coletivos, sem prejuízo da adoção dos critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação.

O constituinte vedou, de forma absoluta, toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística<sup>23</sup>, bem como assegurou, independentemente de censura ou licença<sup>24</sup>, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. O problema aqui se estabelece em relação à ausência de uma definição coerente da expressão censura. Isto porque ao termo censura pode-se conferir significado restritivo, de forma que importe apenas na restrição previa realizada pela autoridade administrativa e que resulta na proibição da veiculação de determinado conteúdo, ou um sentido imediatamente amplo, somando-se a típica censura administrativa a outras hipóteses de limitação da livre expressão e circulação de ideias. Sem prejuízo, a efetiva proteção à liberdade de expressão depende de uma compreensão da censura como abrangendo toda e qualquer restrição à liberdade de expressão. De outra banda, verifica-se que tal alargamento culminaria na transformação da liberdade de expressão em um direito absoluto, o que se mostra indefensável pela ótica substancial e formal entre a referida liberdade e os outros direitos fundamentais (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 500)

Neste diapasão, somente quando houver colisão de direitos é que serão amparadas, em circunstâncias absolutamente excepcionais, previas restrições ao exercício da liberdade de expressão, sem prejuízo das sanções e compensações a eventuais lesões delas decorrentes.

A vedação do anonimato caracteriza um segundo pressuposto de limitação ao exercício da liberdade de expressão. Muito embora o constituinte tenha associado tal princípio ao direito à livre manifestação do pensamento<sup>25</sup>, deve ele ser interpretado de maneira ampliada de tal sorte que se aplique a todas as liberdades de expressão de modo geral. Ademais, verifica-se que a proibição ao anonimato não se estende à atividade dos jornalistas e agentes da comunicação

---

<sup>23</sup> Art. 220. §2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

<sup>24</sup> Art. 5º. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>25</sup> Art. 5º. IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

social por estarem estes resguardados da obrigação de revelar a fonte<sup>26</sup> (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 503).

O constituinte estabeleceu a possibilidade de um direito de resposta proporcional ao agravo<sup>27</sup> para as situações em que certas manifestações agridam bens jurídicos e direitos fundamentais de terceiros, de tal forma que enseje ao prejudicado o direito de apresentar suas razões. Este dispositivo garante meio de possibilitar o contraditório às opiniões ou ofensas de caráter pessoal, bem como contra falsas notícias, sem prejuízo da indenização cabível, como instrumento garante da democracia.

O direito de resposta representa um direito fundamental consagrado na Constituição Federal que não necessita de regulamentação específica para que seja exercido, de maneira que se trata de uma norma de aplicação imediata. Em consequência, o mesmo diploma legal que estabelece tal garantia submete seu exercício ao critério da proporcionalidade de modo que, ao apresentar suas razões, o ofendido não se converta em ofensor.

Ademais, cuida-se de garantia prevista na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, tema que será tratado no capítulo seguinte. Em suma, este tratado ao qual o Brasil é signatário confere uma interpretação ampla ao direito de resposta, devendo ser aplicado a toda e qualquer ofensa e manifestação que tenha como efeito a distorção de fatos, opiniões, etc., o que justifica a própria amplitude atribuída à liberdade de expressão (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 503-505).

À luz da razoabilidade e da proporcionalidade, o mesmo dispositivo que confere direito de resposta ao ofendido estabelece um direito de indenização por dano moral, material ou à imagem. Se de um lado opera como limite à liberdade de expressão, de outro lado não deve a indenização ultrapassar os limites de proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de, ainda que concedido em momento posterior ao ato ofensivo, transformar-se em controle ilegítimo da liberdade de expressão<sup>28</sup>.

Se por um lado cabe ao legislador estabelecer limites ao exercício da liberdade de expressão, por outro devem também os órgãos do poder judiciário, respeitados os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, exercer o controle abstrato de constitucionalidade e da

---

<sup>26</sup> Art. 5º. XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

<sup>27</sup> Art. 5º. V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

<sup>28</sup> Idem

legalidade, tema que será tratado de maneira mais aprofundada no último capítulo deste trabalho.

Vale dizer que tal posição, contudo, não encontra unanimidade no STF. A própria corte, no julgamento da ADPF 130, observou que somente a constituição pode prever limites em relação à liberdade de expressão outorgando ao poder judiciário somente as ponderações cabíveis nos casos de conflito com outros direitos. Ao revés, quando do julgamento do RE 511.961/SP, a mesma corte asseverou a possibilidade de restrição legal à liberdade de expressão desde que, uma vez observado princípio da proporcionalidade, promovam outras garantias constitucionais relevantes.

É certo que independentemente da posição adotada, a liberdade de expressão não deve contemplar a prática do discurso de ódio e de outras manifestações de conteúdo imoral. Trata-se de ilegitimidade constitucional amparada no princípio da dignidade da pessoa humana que limita o exercício da liberdade de expressão quando utilizadas para veicular mensagens de teor discriminatório e incitar à violência, à discriminação e ao preconceito (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 507-508).

A respeito da particularidade dos casos de conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, é imperioso que se façam alguns esclarecimentos. Em se tratando de personalidades públicas, como políticos, artistas famosos ou pessoas que expõem, reiteradamente, aspectos de sua vida privada nos meios de comunicação, deve o escopo de proteção da personalidade ser distinto do das demais pessoas. Deste modo, é plenamente concebível um menor grau de proteção a quem expõe voluntariamente sua vida privada ou exerce alguma atividade na esfera pública, haja vista atraírem maior interesse da opinião pública e, portanto, estarem mais expostos à crítica. No mesmo sentido se incluem os funcionários públicos que, sem prejuízo da configuração de ilícito penal decorrente de violação a direitos da personalidade, ao representarem o Estado estão sujeitos ao controle de suas condutas através das manifestações emitidas pela sociedade em pleno gozo da liberdade de expressão.

## 2. A TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

### 2.1. A TEORIA GERAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados têm origem bastante remota e anota-se que a primeira celebração de um tratado bilateral remonta a um instrumento que pôs fim à guerra nas terras sírias, firmado entre o Rei Hattusil III e o Faraó Ramses II, por volta de 1280 a 1272 a.C. Este documento previa a isonomia entre os reis e seus sucessores, estabelecia regras eternas de igualdade, firmava demarcação de terras e alianças contra inimigos comuns, bem como previa normas relativas à migração e comércio, traços característicos dos tratados contemporâneos<sup>29</sup>.

A partir do século XIX iniciou-se a operação dos chamados acordos multilaterais, que vinculavam as vontades de mais de dois Estados, baseado no acentuado crescimento da solidariedade internacional. Posteriormente, os acordos internacionais passaram a ser firmados não apenas entre Estados, mas entre organizações internacionais permanentes, assentados nos princípios do livre consentimento, da boa-fé dos contraentes e na norma “*pacta sunt servanda*” (MAZZUOLI, 2014, p. 33).

O reconhecimento cada vez maior da importância dos tratados fez com que se criasse uma codificação na qual seriam positivadas todas as diretrizes, regras e princípios do Direito Internacional. Foi na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 que se proveu uma codificação dos costumes internacionais, vigorando somente mais de dez anos depois de sua conclusão. Apesar do seu retardamento, a Lei dos Tratados é considerada um dos documentos mais importantes já produzidos na história do Direito Internacional Público.

A importância da Lei dos Tratados está consubstanciada no fato de que seu texto não se limitou a prever apenas regras referentes aos tratados firmados entre os Estados, como capacidade para concluir tratados, adoção, assinatura, ratificação, adesão, extinção, etc., mas por que se preocupou em estabelecer instruções relativas ao desenvolvimento de temas que até então eram pouco discutidos ou desconhecidos pelo universo internacional. Ademais, em que pese a Convenção de Viena de 1969 não se encontrar em posição hierarquicamente superior aos demais tratados, incorporando caráter supletivo à sua aplicação, trata-se de codificação declaratória de Direito Internacional Geral e, por esse motivo, ela é observada inclusive pelos Estados que dela não são signatários.

---

<sup>29</sup> Trata-se do princípio base do Direito Internacional e do Direito Civil “*pacta sunt servanda*”, do latim “acordos devem ser mantidos”. Tal princípio rege que os pactos assumidos devem ser respeitados e os contratos assinados devem ser cumpridos. Note-se que, mesmo após ruírem, essas duas civilizações não quebraram o referido contrato, que fez com que houvesse mútua cooperação e um longo período de paz entre os dois povos.

Vale observar que somente em 25 de setembro de 2009 a Convenção de Viena de 1969 foi finalmente ratificada e incorporada ao direito brasileiro, fato que não impediu o governo de pautar todas as suas atividades pelas regras da Convenção nos quarenta anos anteriores à sua ratificação (MAZZUOLI, 2014, p. 41).

As normas disciplinadas na Convenção de 1969, vale dizer, foram editadas com caráter de irretroatividade e, por este motivo, carregam efeitos *ex nunc* aos Estados a partir da sua entrada em vigor, nos termos da própria Convenção<sup>30</sup>, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Entretanto, o fato de a Convenção contemplar várias normas que já eram habitualmente aplicadas pelos Estados, em obediência ao costume internacional, antes mesmo da sua positivação, os tratados realizados por eles antes da vigência da Convenção a ela se subordinam.

### 2.1.1 Conceito

É possível encontrar o conceito formal de tratado já nos primeiros artigos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>31</sup>, segundo o qual é um ato jurídico formal realizado entre sujeitos de Direito Internacional Público que visa a produzir efeitos jurídicos na esfera internacional. Trata-se de ato complexo que representa a manifestação de vontades de duas ou mais entidades internacionais (HUSEK, 2017, p. 86).

Esta concepção de tratado, contudo, por estar fundada em termos eminentemente formais, faz emergir certas dificuldades no sentido de saber se determinados textos internacionais têm realmente conteúdo e natureza materialmente convencionais e, portanto, se são ou não capazes de obrigar seus autores. Para Mazzuoli, tratado nada mais é que um instrumento de veiculação de regras jurídicas com conteúdo variável concluído entre sujeitos do Direito Internacional Público, regido pelo Direito das Gentes, que visa à produção de efeitos de direito para as partes contratantes (MAZZUOLI, 2014, p. 44).

O acordo internacional de duas ou mais vontades que constituem um tratado deve, obrigatoriamente, ter finalidade de estipular vínculos jurídicos entre os contratantes. Isso significa que não basta a criação de um documento fruto do *animus contrahendi*, ou seja, que

---

<sup>30</sup> Art. 4º - Sem prejuízo da aplicação de quaisquer regras enunciadas na presente Convenção, às quais os tratados entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais ou entre organizações internacionais estejam submetidos em virtude do Direito Internacional independentemente da Convenção, esta somente se aplicará aos tratados concluídos depois de sua entrada em vigor, em relação a esses Estados e a essas organizações.

<sup>31</sup> Art. 2º - Para os fins da presente Convenção: a) Tratado designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular.

contenha a convergência de vontades, mas que essa vontade seja dotada de exigibilidade jurídica no caso de seu descumprimento. Logo, o acordo deve vir ao mundo com pretensão de produção de efeitos jurídicos e não meramente morais, infligindo uma sanção ao descumpridor.

Por serem essencialmente formais, os tratados internacionais dependem de forma escrita. A oralidade, a despeito de não preencher o requisito de formalidade previsto igualmente na Convenção de Havana sobre Tratados de 1928<sup>32</sup>, impede o tratado de ser submetido ao controle democrático do Poder Legislativo, dada a incompatibilidade com a própria formação histórica dos tratados<sup>33</sup>. Entende-se, todavia, que mesmo diante da dificuldade de execução de atos jurídicos internacionais orais, os acordos internacionais não formalmente estabelecidos valem como possibilidade de efetiva negociação (HUSEK, 2017, p. 87). Destarte, veja-se o que preceitua o art. 3º, sobre os acordos internacionais não compreendidos no âmbito da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969:

O fato de a presente Convenção não se aplicar aos acordos internacionais concluídos entre Estados e outros sujeitos de direito internacional ou entre estes outros sujeitos de direito internacional, nem aos acordos internacionais em forma não escrita, não prejudica:

- a) O valor jurídico de tais acordos;
- b) A aplicação aos mesmos de quaisquer normas enunciadas na presente Convenção às quais estejam submetidos por força do direito internacional, independentemente desta Convenção;
- c) A aplicação da Convenção às relações entre Estados regidas por acordos internacionais nos quais sejam igualmente partes outros sujeitos de direito internacional.

Diante disso, é notório que a própria Convenção admite a existência de atos jurídicos orais com valor jurídico na órbita internacional, excluindo tais acordos, entretanto, da zona de execução das regras concernentes à aplicação, vigência e extinção contidas na Convenção de 1969 (MAZZUOLI, 2014, p. 48).

Antes de 1986, a celebração de acordos internacionais era possível somente entre Estados, os quais detinham a prerrogativa de assumir direitos e obrigações no âmbito internacional. Com o advento da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986, atribuiu-se capacidade de celebração de tratados também às organizações internacionais<sup>34</sup>, restringidas às

---

<sup>32</sup> Art. 2º - É condição essencial nos tratados a forma escrita. A confirmação, prorrogação, renovação ou recondução serão igualmente feitas por escrito, salvo estipulação em contrário.

<sup>33</sup> Conforme exposto no tópico anterior, o primeiro tratado celebrado no mundo se deu entre os reis Hattusil III e Ramsés e teve sua forma escrita, gravada em uma barra de prata.

<sup>34</sup> Art. 1º - Âmbito da presente Convenção: A presente Convenção aplica-se: a) a tratados entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais, e b) a tratados entre organizações internacionais.

suas finalidades precípua, diferentemente dos Estados que podem celebrar contratos sobre qualquer matéria. (MAZZUOLI, 2014, p. 49).

Uma premente característica dos tratados internacionais é que eles necessitam, obrigatoriamente, operar dentro do Direito das Gentes para que sejam considerados tratados. Essa é a pedra de toque que os coloca em esfera distinta dos meros contratos internacionais os quais, igualmente dotados de vontade (*animus contrahendi*) e qualidade de sujeitos internacionais, não criam obrigações jurídicas exigíveis pelo Direito Internacional Público, mas se limitam ao serem regidos pelas normas do direito interno de um dos Estados.

Apesar de consagrarem a doutrina e a literatura o termo “tratado” como uma expressão-gênero, é possível encontrar no Direito Internacional várias outras nomenclaturas que, embora muitas vezes não carreguem as características de um tratado ou não guardem seu teor substancial, são comumente empregadas nas relações internacionais, como convenção, pacto, acordo, acordo por troca de notas, acordo em forma simplificada, *gentlemen’s agreements*, etc. A Convenção de Viena de 1969 não trouxe em seu texto normativo o significado das diferentes acepções, deixando a cargo da prática jurídica internacional o uso das expressões que os negociadores pressupõem mais apropriadas.

Independentemente do nome que se dê, só poderá ser chamado de tratado aquele acordo formal de vontades entre Estados ou organizações, regido pelo Direito Internacional e com escopo de produzir efeitos jurídicos entre as partes. Contudo, é certo que a Convenção de Viena, ao ser omissa em relação aos demais significados, acabou por igualar as expressões *tratados*, *convenções* e *atos internacionais* dada a técnica redacional por ela optada. De qualquer sorte, várias nações, assim como a Constituição Brasileira nos arts. 84, VIII<sup>35</sup> e 49, I<sup>36</sup>, traçaram a diferença entre estes termos a fim de distinguir aquilo que é atribuição do Executivo e do Legislativo, de modo que não haja escusa ao cumprimento de atos internacionais ou usurpação das competências.

À vista do exposto, o termo *convenção* deve ser utilizado para denotar atos internacionais multilaterais que expressem a vontade uniforme das partes sobre assuntos de interesse geral, diferentemente de *tratado* que, embora genérica por natureza, constitui-se de gênero, podendo, portanto, ser utilizada para designar qualquer acordo bilateral ou multilateral, podendo conter vontades divergentes.

---

<sup>35</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

<sup>36</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.



De igual forma, a expressão *pacto* é utilizada para designar um tratado que tem seu conteúdo restrito a determinado assunto ou finalidade, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica que trata sobre direitos humanos no âmbito americano. Já a expressão *acordo* deriva de *agreement*, do direito norte-americano, é geralmente empregada para designar tratados de natureza econômica, política, cultural ou científica, sejam eles bilaterais ou multilaterais.

A expressão *carta*, por sua vez, é usualmente utilizada para designar o tratado solene que estabelece direitos e deveres aos seus membros, bem como, nas organizações internacionais, estabelecer seus instrumentos constitutivos, ao passo que a *declaração* caracteriza aqueles atos que estabelecem determinadas regras ou princípios jurídicos.

*Convênios* são acordos de interesses políticos ou ajustes de menor importância, ao passo que *estatuto* são tratados que estabelecem normas e delimitam competência para os tribunais de jurisdição internacional.

Conclui-se, então, que independentemente de serem chamados de tratados, convenções, acordos ou pactos, fica mais uma vez a cargo da doutrina a atribuição de delinear os contornos de cada um dos tipos de instrumentos e, tanto as várias denominações citadas quanto as demais, constituem-se de instrumentos convencionais que guardam a mesma conformidade jurídica entre si.

#### **2.1.4 Os tratados internacionais e o Direito interno**

Antes de adentrar na questão dos tratados internacionais e sua incorporação ao direito brasileiro, necessária se faz a explanação do conceito de soberania. Este não foi um conceito presente nas primeiras civilizações, mas surgido com a formação do Estado moderno a partir do século XVI. Um Estado soberano era aquele que detinha força suficiente para imunizar-se a qualquer ordem externa que disputava o poder e basear-se apenas pelos ditames internos. À época, a soberania era um poder absoluto, essencial ao Estado e desvinculado de qualquer poder humano. A ela era atribuído poder perpétuo e inalienável, pertencente ao povo (COSTA, 2015).

Atualmente, o conceito de soberania evoluiu, mas o debate sobre seu caráter absoluto e seu comportamento frente ao Direito Internacional nunca foi superado. Muitos autores defendem ser a soberania dotada de poder absoluto e ilimitado. Entende-se, entretanto, que não há como conciliar esse poder absoluto com uma relação harmoniosa entre o direito interno e o direito internacional. A própria Carta das Nações Unidas relativiza o conceito de soberania ao exigir cumprimento por parte dos Estados do que foi convencionado quando da elaboração dos tratados. Neste sentido, não há como se defender a ideia de soberania absoluta visto a sua incompatibilidade com o cenário internacional, sendo necessário relativizá-la.

A relativização da soberania não significa, entretanto, sua subordinação ao Direito internacional, de modo a não a reconhecer. O que se defende é a construção de uma nova concepção de soberania de tal forma a adequá-la aos princípios internacionalistas, já este é o componente essencial para que os Estados, livremente, engajem-se ao Direito Internacional e, assim, fortaleçam-no.

Deste modo, não pode a soberania ser um poder ilimitado. Aliás, tal limitação pode ser facilmente reconhecida nos compromissos internacionais inerentes à proteção dos direitos humanos aos quais os Estados são signatários, bem como na própria Constituição Federal, que atualmente prevê limitações à soberania quando confere prevalência aos direitos humanos nas relações internacionais e *status* de emenda constitucional aos tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos, quando estes forem aprovados com o mesmo quórum especial das Emendas Constitucionais.

Com efeito, é o princípio *pacta sunt servanda* que exige por parte do direito interno a observação daquilo que se convencionou nos tratados internacionais, independentemente da matéria a ser tratada, mormente por ser o Brasil signatário da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual prevê a impossibilidade de invocação das normas de direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado, conforme seu art. 27, já tratado anteriormente.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 nada dispõe sobre a relação de hierarquia dos tratados internacionais e o direito interno. Aliás, o único dispositivo que atribui expressamente em seu texto superioridade aos tratados internacionais em relação às demais normas de direito interno é o art. 98 do Código Tributário Nacional, que atribui aos tratados e as convenções internacionais força revogatória ou modificatória da legislação tributária interna, bem como a obriga de sua observância pelas normas a eles sobrevindas.

Pode-se compreender, entretanto, através da leitura do art. 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988, que os tratados internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma infraconstitucional, visto que os tratados internacionais e as leis federais possuem a mesma hierarquia jurídica.

Com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, viabilizou-se a possibilidade de equiparação de tratados internacionais a emendas constitucionais. Neste caso, terão os tratados internacionais que versarem sobre normas de direitos humanos o *status* de norma constitucional quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Após a edição da supracitada emenda, decidiu o STF que os tratados de direitos humanos que não forem submetidos ao rito especial das emendas constitucionais possuem *status* supralegal, conferindo-lhes posição hierárquica superior às leis e inferior à Constituição.

Salienta-se que a posição dos tratados internacionais será mais bem abordada no próximo capítulo, ao se tratar dos controles constitucionais.

Em resumo, seja qual for a posição dos tratados, não há dúvidas de que a Constituição Federal, em caso de conflito com um tratado internacional, diante da sua primazia, deve prevalecer, haja vista a possibilidade de controle de constitucionalidade a que os tratados estão sujeitos, inclusive nos casos em que o tratado tenha *status* constitucional.

## 2.2 AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos, como abordado no capítulo anterior, são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de qualquer condição, que abrangem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre muitos outros, segundo a Organização das Nações Unidas.

Além das disposições adotadas pelas constituições e outras leis que protegem os Direitos Humanos, estão eles previstos nos tratados internacionais, declarações, resoluções e no Direito Internacional consuetudinário, com vistas à proteção formal dos direitos de todos os indivíduos e de grupo de indivíduos, como por exemplo, o das pessoas com deficiência, seja da ação ou da omissão dos governos.

Foi após o estabelecimento das Nações Unidas, em 1945, que os Direitos Humanos, em resposta às atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, têm sido amplamente discutidos e defendidos, tendo como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Segundo a ONU, além de inspirar as constituições de muitos Estados, este documento já foi traduzido para mais de 360 idiomas e, juntamente com outros instrumentos como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Muitos outros documentos internacionais ampliaram a dimensão internacional de proteção aos direitos humanos, como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

Além da Declaração de 1948, o Brasil ainda aprovou declarações internacionais de proteção aos direitos humanos como a Declaração do Direito ao Desenvolvimento (1986), a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), e, no sistema regional interamericano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

Em sede de tratados internacionais, o Brasil ratificou tratados importantes de direitos humanos como os Preceitos da Carta das Nações Unidas (1945), a Convenção contra o Genocídio (1949), a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1984), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e, no sistema regional interamericano, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).

### **2.2.1 A liberdade de expressão nos Tratados Internacionais**

A liberdade de expressão, conforme tratado no capítulo anterior, é um direito entendido mundialmente como fundamental à proteção de todos os direitos humanos.

Muitos são os documentos internacionais que abordam a liberdade de expressão, como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1979), a Declaração Internacional de Chapultepec (1994), os Princípios de Johannesburg sobre Segurança Nacional, Liberdade de Expressão e Acesso a Informação (1996), e a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (2002).

O primeiro documento a garantir internacionalmente o direito à liberdade de expressão, entretanto, foi a Declaração Universal dos direitos Humanos de 1948, ao estabelecer, em seu art. 19, que "todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras".

Além da Declaração de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 também aborda a liberdade de expressão em seu art. 19, segundo o qual "toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras,

verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”.

O Estado Brasileiro, além de ter ratificado os dois tratados internacionais acima mencionados, também incorporou ao seu ordenamento a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de âmbito regional, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, que será objeto do tópico a seguir.

### **2.2.3 O Pacto de San José da Costa Rica**

Sob a influência marcante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica. Trata-se de um acordo internacional firmado entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, fundado na proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade, coibindo todas as formas de escravidão e a servidão humana. A Convenção Internacional busca, ainda, fortalecer o disciplinamento da justiça social e zelar pelas garantias judiciais e proteção a família, bem como pelas liberdades de expressão, de pensamento, de religião e de consciência.

Segundo esta Convenção, estão os Estados-membros compelidos a adotar quaisquer medidas para que os Direitos Humanos sejam respeitados e se tornem efetivos, bem como a assumir medidas que proporcionem o desenvolvimento dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Com o advento do Pacto, importantes mecanismos de proteção foram criados com o fim de apreciar casos de violação dos direitos humanos nos países que constituem a Organização dos Estados Americanos. É possível, no caso de ação ou omissão de um dos Estados-membros, que o ofendido ou indivíduo que sofreu abuso faça denúncia diretamente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, a depender do caso, poderá leva-la à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Estes dois mecanismos de proteção serão mais bem abordados no item sobre o Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratados no próximo capítulo.

O Pacto de San José da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil somente em 25 de setembro de 1992, de forma não integral<sup>37</sup>. Sua vigência atualmente no país foi dada através do Decreto

---

<sup>37</sup> O Brasil não ratificou a Convenção de forma integral, fazendo ressalvas ao texto, conforme consta no art. 2º do Decreto nº 678/1992: “Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro

678 de 6 de novembro de 1992, no governo de Itamar Franco. Em que pese a tardia assinatura do tratado, notória é a sua influência na Constituição Brasileira, principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais espalhados pelo texto constitucional, sobretudo ao conferir aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais<sup>38</sup>. Além disso, no mesmo dispositivo, a Constituição Brasileira foi adiante na proteção dos Direitos Humanos ao firmar uma relação harmoniosa entre os direitos e garantias nela expressos e os constantes nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário<sup>39</sup>.

Como visto anteriormente, a edição da Emenda Constitucional 45/2004 conferiu aos tratados e convenções que tratam de direitos humanos, caso forem aprovados por maioria qualificada, a equivalência de emendas constitucionais. Vale observar que no caso do Pacto de San José da Costa Rica, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o quórum de aprovação foi de maioria simples, concedendo-lhe o *status* de norma supralegal e infraconstitucional, segundo entendimento do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Nesta ocasião, a Corte passou a entender que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, caso não submetidos ao rito do art. 5º, § 3º, da Constituição, terão natureza de normas supralegais e, por isso, suspendem a eficácia da legislação infraconstitucional que lhe for contrária.

Face a tal julgamento, decidiu o STF que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel, em que pese não ter sido revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, desencadeando a edição posterior da Súmula Vinculante n. 25<sup>40</sup>.

A propósito, destaca-se que o único documento internacional incorporado ao ordenamento brasileiro com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com

---

fez a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado".

<sup>38</sup> Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>39</sup> Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>40</sup> "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em 30 de março de 2007, na cidade de Nova York, e ratificados pelo Brasil por meio do Decreto n. 6.949, em 25 de agosto de 2009.

Conclui-se, portanto, que o Brasil é detentor de obrigações atribuídas pela Convenção no que toca às suas ações e omissões, seja viabilizando mecanismos que fortaleçam o respeito aos direitos e liberdades e que garantam seu livre e pleno exercício a todo indivíduo, sem qualquer distinção, seja abstendo-se de praticar ou facilitar condutas que limitem ou suprimam a fruição dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos de cada pessoa.

Devem prevalecer, portanto, todas as garantias conferidas pelo Pacto, ainda que contrárias ao texto constitucional, pautadas na ampliada proteção dos direitos humanos que a própria Carta Magna resguarda. Ora, se a proteção aos direitos humanos é princípio agasalhado pela Constituição Federal, a eles não se pode renunciar, inclusive nas situações em que o Pacto vede o que texto constitucional autoriza, sobe pena de responsabilização pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

#### **2.2.4 O Pacto de San José da Costa Rica e a Liberdade de expressão**

Fundamenta-se a liberdade de expressão na capacidade dos seres humanos de pensar e expressar suas ideias de acordo com sua própria compreensão de mundo, sem prejuízo de servir a mesma como elo da relação fundamental com a democracia, que permite a crítica e, desta forma, a manutenção do pluralismo dos sistemas democráticos.

Além de ser um direito consagrado pela Constituição Federal em vários dispositivos, está a liberdade de expressão tratada em inúmeros instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como visto anteriormente.

No âmbito do Pacto de San José da Costa Rica, a liberdade de expressão foi tratada em seu art. 13, como se lê a seguir:

##### **Liberdade de pensamento e de expressão**

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
  - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
  - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Verifica-se, pois, que na esfera regional o Pacto de San José da Costa Rica é o mais importante mecanismo de proteção internacional da liberdade de expressão. Ao lado da Constituição Federal, o Pacto veda a censura prévia, autorizando apenas a classificação dos espetáculos públicos com vistas à proteção das crianças e adolescentes, e inclui na sua interpretação a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza.

A interpretação da Convenção, na esfera internacional, é feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem julgado os casos levados à sua apreciação de modo a revelar, principalmente, a acentuada conexão entre a liberdade de expressão e a democracia. Aliás, desde edição da Opinião Consultiva n. 5, a Corte, acertadamente, vem trazendo o fundamento democrático do direito à liberdade de expressão em suas decisões, tanto nos casos em que a proteção desta liberdade se mostra particularmente relevante num contexto de transição de ditaduras para democracias, quanto, no caso de prévia existência da democracia, na consolidação do “controle democrático” (FALSARELLA, 2012, p. 155-156).<sup>41</sup>

A fim de que se construa uma sociedade bem informada, entende a Corte que deve o Estado abster-se de utilizar meios indiretos de interferência na atividade de informação, de modo que se salvguarde todos os meios de comunicação, balizada na importância do controle da atuação estatal pelos próprios cidadãos. A Corte enfrentou, ainda, questões ligadas a críticas dirigidas aos políticos, como foi o caso *Canese vs. Paraguai*. Na ocasião, durante campanha presidencial, o candidato Ricardo Canese fez declarações acusatórias a outro candidato e acabou processado e condenado a quatro meses de prisão. Em julgamento, a Corte entendeu que a condenação era desproporcional e que era flagrante a violação ao direito à liberdade de expressão. Em casos como este, a Corte destaca a importância da liberdade de expressão no contexto político, especialmente durante as campanhas eleitorais, alargando, desta forma, o campo de limitação às críticas dirigidas aos políticos. Como bem coloca Falsarella, políticos, funcionários públicos e figuras públicas continuam a ter seu direito à honra protegido, mas

---

<sup>41</sup> De acordo com Falsarella, controle democrático é um segundo mecanismo de fiscalização, somado àqueles já existentes e executados pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, no sistema de freios e contrapesos. Tal controle se realiza através da imprensa e pela opinião pública, motivo pelo qual sua efetividade está diretamente ligada à garantia do exercício da liberdade de expressão (FALSARELLA, 2012, p. 156).



nunca em detrimento do direito da sociedade a ter acesso a informações de interesse público que sejam a eles relativas (FALSARELLA, 2012, p. 158).

Nesta toada, as restrições à liberdade de expressão não se mostram razoáveis, sendo possível apenas uma responsabilização ulterior nos casos em que o exercício desta liberdade causar danos. Neste caso, a sanção nunca deverá ser desproporcional, e só deverá ser aplicada quando se mostrar estritamente necessária.

De igual forma são tratadas as restrições ao direito de informação. Este tipo de restrição, além de demandar previsão antecedente em lei, somente se mostra coerente nas situações em que se vise a assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas, conforme o art. 13 da Convenção.

Deste modo, importa citar importante decisão proferida no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, quando o Estado brasileiro se recusava a fornecer informações acerca do desaparecimento de familiares na Guerrilha do Araguaia. A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro salientando em seu acórdão a importância do fornecimento de informações pelo Estado, consagrando a liberdade de expressão em seu aspecto de direito de buscar informações relativas à sua pessoa ou à pessoa de ente familiar (FALSARELLA, 2012, p. 159-170).

A liberdade de expressão, para além de um direito de qualquer indivíduo manifestar seus pensamentos, ideias e opiniões livremente, subsiste como fundamento democrático e, em oposição à censura, reverte-se em poderoso mecanismo de controle democrático na sua dimensão social, sendo bravamente defendido e reconhecido tanto pela legislação interna quanto pela comunidade internacional.

### 3. A INCONSTITUCIONALIDADE E A INCONVENCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO

#### 3.1 O CRIME DE DESACATO

De acordo com o vigente Código Penal de 1940, "desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela", em seu art. 331, configura crime de desacato. Logo, (1) a conduta de desacatar funcionário público; (2) no exercício da função ou em razão dela são seus dois elementos integrantes do delito; comina-se pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção ou multa ao agente que pratica tais condutas.

Afrontar, faltar com o devido respeito, menosprezar, desprezar circundam o núcleo "desacatar", podendo ser qualquer palavra que humilhe, ou desprestige o funcionário público, trajadas de palavras injuriosas ou difamatórias. Apesar disso, o simples fato de demonstração de descontentamento com determinadas atitudes administrativas não configura desacato (GRECO, 2016, p. 1125).

Aliás, necessária se faz a distinção entre desacato e injúria contra funcionário público. Nesta, defende-se a honra pessoal, subjetiva, podendo ocorrer na sua presença ou ausência, bastando que chegue ao seu conhecimento. Caso a ofensa seja realizada na presença do funcionário público, no exercício da função ou em razão dela, tratar-se-á de desacato (MASSON, 2017, p. 813).

Para a doutrina, é crime comum, quando se trata do sujeito ativo, e próprio em relação ao sujeito passivo, notadamente àquele que exerce um cargo ou função pública, sempre em busca do interesse público (GRECO, 2017, p. 841). Encontra-se, contudo, divergência no que diz respeito ao sujeito ativo do crime quando este for praticado por outro funcionário público que esteja hierarquicamente acima do ofendido. Para Fragoso, além de poder ser qualquer pessoa, que exerça ou não a mesma função do ofendido, mas caso sendo, não é necessário que aquele seja da mesma categoria funcional deste, não vigorando o princípio *inter pares non fit iniuria* (FRAGOSO, 1981, p. 462). Já para Hungria, para que seja configurado o desacato, deve o agente ter posição hierárquica idêntica ou inferior à do ofendido. Para ele, se o agente for superior hierárquico, não cometerá crime em relação a seu subordinado (HUNGRIA, 1955, p. 425).

Depreende-se das lições de Masson a existência de uma terceira corrente defensora da impossibilidade de responsabilização de funcionário público por desacato (MASSON, 2014, p. 1187). Para esta corrente, a ofensa proferida por funcionário público contra outro funcionário

público configura crime de injúria, já que o crime de desacato se encontra, no Código Penal, capitulado entre os “Crimes praticados por particular contra a Administração em geral”<sup>42</sup><sup>43</sup>.

Para que se configure o crime, não é necessário que o funcionário público esteja no interior da repartição pública, bastando apenas que a injúria seja praticada na presença dele. Caso seja a ofensa por via telefônica ou, de qualquer modo, na ausência do funcionário público, não caracteriza desacato (MASSON, 2017, p. 809). Mesmo que em razão da função, o fato praticado na ausência do funcionário público poderá subsumir-se a um delito contra a honra, incidindo a causa especial de aumento de pena prevista no inciso II do art. 141 do Código Penal (GRECO, 2017, p. 845).

Sobre o assunto, diz Lélío Calhau que:

Para a configuração do delito se faz necessário o nexo funcional, ou seja, que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que seja perpetrada em razão dela. Esse nexo funcional pode se apresentar de duas formas: ocasional ou causal. Será ocasional se a ofensa ocorre onde e quando estiver o funcionário a exercer funções de seu cargo – ou de caráter causal quando, embora presente, o ofendido não esteja a desempenhar ato de ofício, mas a ofensa se dê em razão do exercício de sua função pública. Se a ofensa não for em razão da função pública, mas sim sobre conduta particular do ofendido, a ação penal será privada, pois não ocorrerá desacato, mas um crime contra a honra (CALHAU, 2004, p. 546).

Importante destacar que “exercício da função” não diz respeito apenas ao local onde o funcionário público desempenha suas funções habitualmente, como uma delegacia ou fórum, mas equivale, ainda, a qualquer local onde seja praticado qualquer ato ou diligência (GRECO, 2016, p. 1120).

Em relação à consumação e tentativa do crime, Greco afirma que o crime se consuma no momento em que é praticado o comportamento de desprestígio contra a Administração Pública e, a depender da forma como o delito é praticado e do meio utilizado para a prática delitiva, defende a possibilidade do crime tentado (GRECO, 2016, p. 1122). Damásio de Jesus diverge deste entendimento, conforme se depreende abaixo:

O crime, por exigir a presença do sujeito passivo, torna-se unissubsistente, e não admite a tentativa. Não convencem os exemplos que os autores dão como de crime tentado, como o arremesso de imundície com erro de alvo, tentativa de agressão física, etc. Nesses casos, segundo entendemos, o crime é consumado. Assim, se o sujeito

---

<sup>42</sup> Cleber Masson ainda faz menção em sua obra à imunidade conferida aos advogados, no exercício de sua função, ao crime de desacato, tanto em juízo quanto fora dele. Entretanto, como ele bem assevera, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 1.127 e declarou a inconstitucionalidade da expressão “ou desacato” por entender que a imunidade assegurada aos advogados pelo artigo 133 da Constituição Federal somente poderia abranger os crimes contra a honra, mas não os crimes praticados contra a administração pública em geral.

<sup>43</sup> “O STJ e o STF têm posição consolidada de que é possível a prática do crime de desacato por funcionário público, não importando a posição hierárquica do funcionário público em relação ao autor do delito, uma vez que o sujeito passivo imediato é o Estado e, apenas secundariamente, o funcionário ofendido”.

lança excremento contra a vítima, errando o alvo, sua atitude já configura desacato. No outro exemplo, em que o sujeito dá um soco na direção da vítima, sendo seu braço desviado por terceiro, há também delito consumado. Não se pode esquecer que a lei pune a atitude do autor, que pode consistir em simples gesto. (JESUS, 2007, p. 228)

Rege a doutrina que o bem jurídico penalmente protegido é a Administração Pública, relativamente ao desempenho normal, à dignidade e ao prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado, resguardando, secundariamente, a honra do funcionário público (MASSON, 2014, p. 811). Todavia, defende Masson<sup>44</sup> que não há possibilidade de exceção da verdade (verificada nos crimes de calúnia e difamação) por que não se fala em proteção à honra do funcionário público, mas tão somente ao prestígio da Administração Pública, bem como por não haver previsão legal de tal dispositivo.

Segundo Masson, ainda, mesmo se ofensa desprovida da intenção de humilhar a função pública que o agente desempenha resulte-se em críticas ao comportamento funcional do agente, ainda que calorosamente, não enseja o desacato. Isto por que ao cidadão é concedido o direito à fiscalização da Administração Pública em relação à prestação de serviços (MASSON, 2017, p. 811).

### **3.1.1 Contexto histórico**

O Direito Romano não classificava o desacato como crime autônomo, limitando-se apenas a qualificar a injúria. Se as ofensas eram cometidas contra magistrados, por exemplo, majoravam-se as penas, ou ainda, poderiam ser condenados à pena capital aqueles que praticassem o homicídio ou a tentativa de homicídio do ocupante de cargo público, qualquer que fosse o cargo, patrício ou plebeu (NETO, 2013).

O desacato surgiu com a intenção de proteger as autoridades que de alguma forma desempenhavam funções estatais de proeminência, diferenciando-os dos demais cidadãos (SOARES, 2005). Estes perdiam a condição de cidadãos e viravam inimigos da pátria caso praticassem qualquer ato que maculasse o prestígio social daqueles que representam o Estado. Ao cidadão não era permitido, por exemplo, usar vestimentas da cor vermelha, que era de uso exclusivo do imperador, sob pena de incorrer nos crimes de lesa-majestade.

A estrutura administrativa brasileira sempre esteve e ainda está fundamentada em um paradigma de um superestado, em nítida e eloquente forma de materializar a presença marcante de entes públicos (GOLDSTEI, 2014).

---

<sup>44</sup> Idem

Já no Código do Império de 1830 era possível verificar a posição de supremacia do Estado quando apenas os crimes contra ele eram tipificados, sem se falar em crimes contra pessoa. Ele foi seguido pelo Código Penal da República de 1890 e somente com o Código Penal de 1940 é que a hierarquia de valores foi dissolvida (BITENCOURT, 2003).

No final do século XIX as pessoas começaram a trocar suas profissões para exercerem alguma função estatal, tamanho era o prestígio que tinha o Estado, atraídos pelo “status” de funcionários e agentes do poder governamental. Percebia-se que o Estado estava no topo da pirâmide e a população desempenhava um papel secundário, de coadjuvante (GOLDSTEI, 2014)

Nos dias atuais, na conjuntura de um país emergente de duas ditaduras, não é difícil perceber as marcas deixadas por um contexto de cerceamento de liberdades. Em que pese termos alcançado a redemocratização da República e instituído o Estado Democrático de Direito, muito foi sacrificado durante este árduo percurso para que garantias constitucionais fossem observadas. Não se está a compactuar com o desrespeito aos que servem ao cidadão em nome do Estado. Entretanto, de igual forma e em maior medida, deve a população, e suas devidas garantias, ser preservadas, já que é a ela que recai a incumbência, dentre outras obrigações, do pagamento da conta pública e, conseqüentemente, o funcionamento do Estado (GOLDSTEI, 2014).

### **3.1.2 As relações políticas do desacato e abuso de poder**

Onde existe o poder, corre-se o grande risco de haver o abuso de poder. Seguindo essa máxima da ciência política, é importante atentar-se para a relação íntima existente entre o crime de desacato e a o abuso de autoridade.

Manifestações de descontentamento, sejam elas por gestos ou palavras, assim como o simples desabafo de um cidadão diante de um serviço público ineficiente/ineficaz ou mal prestado não podem caracterizar desacato (PINHEIRO, 2015). O uso da existência do crime de desacato como forma de reprimir o jurisdicionado é extremamente perigoso para a plena concretização das garantias constitucionais<sup>45</sup>. Além de açoiar a livre manifestação de pensamento, isso facilita a ocorrência do abuso de poder quando blinda o agente público. A existência do desacato enfraquece a principal arma que se tem contra o abuso de poder já concretizado, que é a liberdade de exprimir o descontentamento e de se insurgir contra uma

---

<sup>45</sup> Liberdade de expressão (art. 5º, incs. IV<sup>45</sup>, IX<sup>45</sup> e art. 220<sup>45</sup>), Princípio Republicano<sup>45</sup> (art. 1º, parágrafo único), Legalidade<sup>45</sup> (art. 5º, inc. XXXIX), Igualdade<sup>45</sup> (art. 5º, caput) e Estado Democrático de Direito<sup>45</sup> (art. 1º).

conduta abusiva já previamente institucionalizada. A simples resposta de indignação do cidadão em uma repartição pública, quando esbarra com a intolerância de servidor, ou em situações de protesto, não é desacato, mas sim a prerrogativa do cidadão contra a prestação insuficiente de serviços públicos, independentemente do agente.

Ou seja, o crime de desacato acaba por se tornar um mecanismo autoritário em detrimento da liberdade de expressão, consubstanciado no abuso de poder outorgado aos funcionários públicos, que no mais das vezes dela se valem para transformar a mera crítica responsável, ou desabafo do cidadão, em ato que humilha a função pública (BARROS, 2017). Mesmo no plano virtual, a existência de um tipo penal que criminaliza o desacato e penaliza com rigor a manifestação do descontentamento em relação ao serviço ou ao agente público, somado ao fator político de que é da natureza do ser humano extrapolar os limites de poder concedidos pela lei, são suficientes para inibir a livre manifestação do pensamento, tornando-se uma constante no serviço público.

Esta proteção que é dada ao funcionário público acaba sendo utilizada como maneira de disfarçar a prática do suposto delito de abuso de autoridade, ou seja, o servidor se utiliza da proteção, via desacato, para que o particular seja visto como autor, a fim de evitar que este o denuncie por abuso de autoridade (SILVA, 2017). Quem comete abuso de autoridade pode responder por penas que vão da demissão à indenização por perdas e danos e à perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos. Mesmo assim, como bem assevera Luciano Santoro, a pena não é suficiente para exercer o desejável efeito de intimidação àqueles que detêm elevado poder frente aos particulares, visto que não podem ser presos por cometerem abuso de autoridade, podem perder seu cargo ou função pública, enfraquecendo, assim, o exercício da liberdade de expressão (SANTORO, 2006).

Deste modo, a manutenção do crime de desacato coloca o cidadão em uma relação de desvantagem diante do agente público. Isto porque o cidadão não poderá exprimir o seu pensamento e o seu descontentamento da devida forma, ou por ter que o fazer de forma medida em eventual situação de abuso extremo.

### **3.1.3 Incompatibilidade do tipo com a liberdade de expressão**

O crime de desacato, por ser um tipo penal de tessitura bastante aberta, abarca diversos tipos de conduta e vincula a sua configuração à interpretação do julgador, gerando a ocorrência de arbitrariedades por parte dos agentes públicos.

Logo, como não há parâmetros que definam o que é o desacato, a simples manifestação de insatisfação ou de descontentamento, como os protestos contra o Estado ou contra o governo,

acabam por ser reprimidas e sancionadas em nome da defesa dos agentes e das instituições públicas.

Neste ângulo, as leis que punem a manifestação dirigida a funcionários públicos atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação, já que desestimulam o surgimento de ideias plurais e inibem o cidadão de efetuar suas objeções à prestação dos serviços ou contra a atuação dos agentes públicos pelo temor às sanções ou ações judiciais. Além disso, as leis de desacato impedem a fiscalização da atividade administrativa por ele realizada, aniquilando o seu direito de examinar o desempenho funcional dos agentes públicos no que se refere à função pública sem que seja penalizado.

Igualmente, as leis de desacato acabam por conferir um maior grau de proteção aos funcionários públicos, já que restringem a liberdade de expressão dos demais indivíduos de maneira ilegítima em nome daqueles que estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade (ou deveriam estar), contrariando frontalmente o princípio constitucional democrático indispensável à fiscalização popular dos abusos de poder do Estado, bem como a igualdade.

Vale lembrar que tal proteção deveria ser ao contrário, ou seja, do cidadão comum, já que os agentes públicos, ao optarem por tal profissão, devem suportar críticas durante o exercício da função pública, vez que o debate é essencial à realização do controle social da Administração Pública.

Por fim, o desacato constitui uma divergência de todo um novo sistema constitucional moldado em prol dos direitos humanos, já que é considerado pelas instituições de defesa destes direitos uma flagrante violação à liberdade de expressão, razão pela qual não deve ser mais aplicado.

### **3.1.4 Incompatibilidade do delito com a Constituição e com o PJSCR**

Como visto, além de ser incompatível com a liberdade de expressão (art. 5º, incs. IV<sup>46</sup>, IX<sup>47</sup> e art. 220<sup>48</sup>), o delito de desacato viola outros preceitos fundamentais da Constituição

---

<sup>46</sup> Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

<sup>47</sup> Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>48</sup> Art. 220º - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Federal, como o princípio republicano<sup>49</sup> (art. 1º, parágrafo único), a legalidade<sup>50</sup> (art. 5º, inc. XXXIX), a igualdade<sup>51</sup> (art. 5º, caput) e o Estado Democrático de Direito<sup>52</sup> (art. 1º), bem como é incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica, estando sujeito aos Controles de Constitucionalidade e de Convencionalidade sob suas diversas modalidades.

Ao criminalizar o desacato, além de impedir a voz ativa dos cidadãos na argumentação pública, está-se a situar os agentes públicos em posição hierarquicamente superior aos demais indivíduos, estabelecendo distinção entre eles e, portanto, ofendendo o princípio da igualdade, bem como atentando contra o Estado Democrático de Direito.

Ademais, ao embaraçar o ato de oposição do cidadão aos procedimentos dos agentes públicos, o desacato enfraquece a prerrogativa que aquele tem de fiscalizar as atividades destes e, portanto, mostra-se em desacordo com a igualdade formal a que o princípio republicano visa conferir.

Por conseguinte, o desacato viola o art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica, que tutela justamente a liberdade de expressão. Sendo o estado brasileiro signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ele assume o compromisso de adotar medidas de qualquer natureza que visem a possibilitar a concretização dos direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão, seja pela via legislativa ou deixando de proferir decisões judiciais condenatórias baseadas em lei que estabeleça o crime de desacato.

Vale dizer que o que se busca com a atipicidade material do desacato é justamente reverter inclinação autoritária e errônea que o delito confere, sem prejuízo da responsabilização do agente na manutenção de outros tipos legais como injúria, calúnia e difamação. O que não se pode permitir é a existência de um tipo penal que, além de afligir diretamente o exercício da liberdade de expressão, desrespeita o Estado Democrático de Direito e a igualdade formal entre as pessoas.

---

<sup>49</sup> Art. 1º, parágrafo único - “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>50</sup> Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>51</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

<sup>52</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.



## 3.2. OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE

### 3.2.1 O Controle de Constitucionalidade

Um sistema jurídico saudável pressupõe sua hierarquia e unidade, sendo que seus segmentos devem convergir de maneira coesa. As normas jurídicas nascem e se fundamentam umas nas outras, de modo a dar origem a um complexo sistema normativo em cadeia. Se uma norma não se encaixa neste sistema, deve ela deixar de existir como regra de direito (BASTOS, 1999, p. 293).

Sendo o fundamento de validade de uma norma a validade de uma outra norma, o controle de constitucionalidade nada mais é que um mecanismo de aferição da conformidade da lei (em sentido amplo) com a Constituição, pois não se admite em um ordenamento jurídico que um ato hierarquicamente inferior à Carta Magna vá de encontro às suas premissas, dada sua supremacia e rigidez.

Para que uma norma interna seja válida e vigente, deve ela estar compatível com o texto constitucional em vigor, sob pena de incidir em vício de constitucionalidade.

Se a norma não foi produzida segundo os ditames fixados pela norma superior, sendo, portanto, inválida, estará ela inapta a produzir efeitos de direito, podendo seu vício ser de forma ou conteúdo.

Caso isto ocorra, deverá a norma passar pelo crivo do controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado.

Qualquer juízo ou tribunal pode efetuar o controle difuso<sup>53</sup> de constitucionalidade, sendo que seu efeito vincula apenas as partes daquela determinada demanda. Neste sentido, o magistrado ou tribunal analisa o mérito da ação e, se considerar a norma inconstitucional, deve deixar de aplicá-la. A norma, entretanto, ainda que não aplicada naquele caso concreto, continua no vigente no ordenamento jurídico, já que a decisão tem efeito *inter partes*.

O controle concentrado<sup>54</sup> de constitucionalidade pode ser invocado apenas pelos legitimados do art. 103 da Constituição Federal<sup>55</sup>, por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, e é feito de forma exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>53</sup> Também chamado de Controle de exceção ou de defesa.

<sup>54</sup> Também chamado de Controle abstrato de constitucionalidade.

<sup>55</sup> Art.103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Nesta situação, será a norma analisada abstratamente e a decisão, nesse caso, será aplicável a todos e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Cumpra esclarecer, porém, que o efeito *erga omnes* dessa decisão em controle concentrado de constitucionalidade não vincula a função legislativa, por força do art. 102, §3º, da Constituição de 1988.

Segundo o dispositivo supramencionado, “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante<sup>56</sup>, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, com exceção do próprio STF.

Este fenômeno é atribuído à concepção da própria ideia de Estado de Direito, no qual o legislador não pode ser tolhido do seu poder de legislar. Isso “fossilizaria” o sistema constitucional e impediria o progresso, vinculando o poder judiciário ao poder legislativo. Ademais, o tempo, a sociedade e o direito estão em constante evolução, o que não justificaria tal fossilização.

Nesta esteira, a norma que viola o conteúdo de uma constituição deve ser declarada materialmente inconstitucional, ao passo que a sua inconstitucionalidade formal se configura quando não se observa algum dos requisitos procedimentais da elaboração normativa (GOMES, 2008, p. 65).

A despeito das características formais ou materiais de inconstitucionalidade, uma norma pode ainda ser considerada inválida em relação ao requisito temporal de sua criação, de acordo com a norma parâmetro vigente.

É inconteste afirmar que pode o Poder Constituinte originário derrubar a ordem anterior por meio da promulgação de uma nova Constituição. Neste caso, as leis anteriormente válidas e materialmente compatíveis com a nova ordem constitucional serão por ela recepcionadas e, conseqüentemente, gerarão efeitos no mundo jurídico.

---

<sup>56</sup> É válido ressaltar que o efeito vinculante das decisões do STF foi introduzido no texto constitucional pela EC nº 3, em 17/03/93, que acrescentou o § 2º ao art. 102. Este parágrafo estabeleceu que o efeito vinculante se aplicava apenas para as Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Entretanto, em virtude do caráter dúplice das ADI e ADC o STF passou a conferir o efeito vinculante nas duas hipóteses, tendo a Lei nº 9.868, em 10/11/99 e, posteriormente, com a EC. nº 45, de 31/12/2004 estendido expressamente tal disposição.

Por outro lado, caso as leis sejam materialmente incompatíveis com a nova ordem constitucional, estar-se-á diante da inconstitucionalidade superveniente, situação em que não serão elas recepcionadas pelo novo ordenamento (GOMES, 2008, p. 65).

A respeito das normas vigentes antes da promulgação da Constituição de 1988, convém pôr em relevo que a tese da constitucionalidade superveniente não tem sido admitida no nosso sistema constitucional normativo<sup>57</sup>.

Neste tocante, entende a Suprema Corte que a lei anterior ou é compatível com a nova Constituição, e aí será recepcionada, ou, no caso de incompatibilidade, será ela revogada, uma vez que não seria adequado analisar uma norma produzida conforme um parâmetro de acordo com um novo, numa espécie de anacronismo.

A compatibilização das normas infraconstitucionais, então, deve ser feita de modo a observar, para além dos princípios expressos na Carta Magna, os direitos decorrentes<sup>58</sup>, provenientes do regime constitucional ou dos princípios por ela adotados.

Ao se produzir uma norma doméstica, deve o legislador estar atento aos direitos e garantias constitucionais, e aqui merecem menção os que fazem parte do núcleo duro da Constituição, sejam eles individuais ou não<sup>59</sup>.

O inciso IV do art. 60, §4º<sup>60</sup> torna Cláusula Pétrea os direitos e garantias individuais da Constituição de 1988, atribuindo limitações materiais ao poder de reforma do Estado. Em outras palavras, tais direitos são imutáveis e não podem ser enquanto o Estado brasileiro for regido por esta mesma Carta Magna.

Note-se que a expressão “direitos e garantias individuais”, em tese, excluiria dessa proteção todos os outros direitos coletivos. Entretanto, conforme Mazzuoli, “não é aceitável

---

<sup>57</sup> No julgamento da ADI 2.158 e da ADI 2.189, o relator Min. Dias Toffoli asseverou que “em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da CF que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas. A Lei estadual 12.398/1998, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, por ser inconstitucional ao tempo de sua edição, não poderia ser convalidada pela EC 41/2003. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que a sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da CF que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela EC 41/2003. Superada a preliminar de prejudicialidade da ação, fixando o entendimento de, analisada a situação concreta, não se assentar o prejuízo das ações em curso, para evitar situações em que uma lei que nasceu claramente inconstitucional volte a produzir, em tese, seus efeitos, uma vez revogadas as medidas cautelares concedidas já há dez anos”.

<sup>58</sup> O conceito de direitos fundamentais decorrentes é extraído da segunda parte do art. 5º, §2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>59</sup> Mazzuoli faz uma crítica à expressão “direitos e garantias individuais” constantes no inciso IV do art. 60, §4º da Constituição Federal. Para ele, este dispositivo deixa de prever, explicitamente, que a cláusula pétrea se estende aos demais direitos fundamentais não-individuais, como os sociais, econômicos e culturais, e todos os outros de cunho coletivo.

<sup>60</sup> Art. 60, §: 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

que os direitos não-individuais e toda a gama de direitos coletivos prevista pelo texto constitucional fiquem excluídos da proteção outorgada pela norma do art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição” (MAZZUOLI, 2009, p. 124 *apud* SARLET, 2006, p. 422).

Diante do exposto, convém adiantar que o delito de desacato afronta normas constitucionais e por isso está sujeito ao Controle de Constitucionalidade, o que será melhor tratado no último item.

### 3.2.2 O Controle de Convencionalidade

Com o advento da Constituição Cidadã, o Brasil passou a reconhecer obrigações em matéria de direitos humanos no plano internacional, assumindo, definitivamente, a postura de valorização da pessoa humana e consolidando um todo harmônico entre o sistema interno e internacional (GUERRA, 2013, p. 173).

No plano interno, não é novidade que a Carta Magna estabeleceu inúmeros direitos e garantias e, para o plano internacional, trouxe em seu texto dispositivos que vinculam o Estado às obrigações internacionais consubstanciados no art. 4º da Carta Política, que trata dos princípios nas relações internacionais.

Para Trindade Cansado

a incorporação normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias: pensamos que, da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos quer têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção (TRINDADE, 1997, p. 402).

A Constituição de 1988 não é clara em relação à hierarquia entre os tratados incorporados e as regras do direito interno. Entende-se, conforme interpretação contrária do seu art. 5, §2º, que são os tratados sobre direitos humanos equiparados às normas constitucionais independentemente de aprovação legislativa por maioria qualificada.

Após a edição da Emenda Constitucional 45, os tratados de direitos humanos que forem aprovados por maioria qualificada terão equivalência de emendas constitucionais após serem ratificados e entrarem em vigor, como se lê no art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

Neste sentido, o parágrafo supracitado adicionado pela Emenda Constitucional 45 fez nascer uma nova modalidade de controle das normas de direito interno. Trata-se de processo de verificação da compatibilidade vertical das normas domésticas com os comandos encontrados

nas convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos, como bem assevera Mazzuoli na sua obra sobre Direito dos Tratados:

... à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º) ou materialmente e dividir espaço formalmente constitucionais (art. 5º, §3º), é lícito entender que agora o clássico “controle de constitucionalidade” deve dividir espaço com esse novo tipo de controle (“de convencionalidade”) da produção e aplicação da normatividade interna (MAZZUOLI, 2014, p. 481).

Para o autor, não há falar em controle de constitucionalidade exercido em relação aos tratados internacionais de direitos incorporados ao direito brasileiro pela dinâmica do art. 5º, §3º, ou seja, com status de emenda constitucional. Controle de constitucionalidade propriamente dito pressupõe a afronta de lei à Constituição, o que não acontece no caso dos tratados, haja vista o texto constitucional permanecer incólume de qualquer vedação legislativa. Logo, deve-se nomear controle de constitucionalidade apenas nas situações em que houver o exercício de compatibilização vertical das leis com a constituição e, nos casos em que houver exercício de compatibilização legislativa com os tratados de direitos humanos, sejam eles pelo rito do §2º ou §3º, tratar-se-á de controle de convencionalidade.

Da mesma forma, Ingo Sarlet adota a posição de que todo e qualquer tratado de direitos humanos servirá de parâmetro para o controle de convencionalidade, haja vista sempre prevalecerem sobre a normativa legal e infra legal interna, independentemente de serem ou não aprovadas na forma concebida pelo art. 5º, §3º. A diferença relevante encontra-se no fato de que os tratados com *status* equivalentes ao de emenda constitucional passam a integrar o bloco de constitucionalidade, operando como parâmetro tanto de controle de constitucionalidade quando de convencionalidade, diferentemente dos demais tratados:

Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá em virtude da hierarquia das normas. Cabe anotar que mesmo que a hierarquia dos tratados fosse apenas equivalente à da lei ordinária, ainda assim seria necessário e cabível um controle de convencionalidade, pelo menos para resolver conflitos entre tratados e legislação. Da mesma forma não parece correto, salvo melhor juízo, distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo espécie do gênero tratados, que, em virtude de determinadas peculiaridades, deveriam ser incorporados pelo rito do art. 5º, §3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam então ser aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (SARLET, 2017, p. 204).

O controle de convencionalidade, portanto, mostra-se operante em dois grandes planos: a) um controle externo, que diz respeito ao controle levado a efeito por tribunais ou mesmo outras instancias de caráter supranacional, a exemplo a Corte e a Comissão Interamericana de direitos humanos; b) um controle interno, realizado por órgãos nacionais (SARLET, 2017, p. 202-203).

Insta esclarecer, contudo, que o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, conforme a própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>61</sup>, tem caráter coadjuvante ou complementar, devendo ser provocado a se manifestar somente em caso de insuficiência ou inobservância do Poder Judiciário, que deve realizar primeiro o controle de convencionalidade. Neste sentido, deve o controle interno da convencionalidade das normas domésticas ser totalmente exaurido para que se invoque o controle internacional da convencionalidade das leis a ser realizado pelas cortes regionais de direitos humanos.

### 3.2.2.1 O controle concentrado de convencionalidade

Como mencionado anteriormente, não é possível encontrar, no texto constitucional de 1988, precisão em relação à hierarquia dos tratados internacionais comuns e o Direito Interno, ficando a doutrina e a jurisprudência à mercê dos conflitos suscitados entre tais tipos normativos.

O STF, em julgamento do RE 80.004, posicionou-se no sentido de que os tratados e convenções internacionais comuns, ou seja, aqueles que não versem sobre direitos humanos, possuem paridade normativa com as leis ordinárias e, por este motivo, estão situados no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas. Entendeu a corte que, ao atribuir ao STF a competência de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, está a Constituição a igualar estes dois diplomas legalmente vigentes.

Entretanto, conforme anteriormente citado, entende Mazzuoli que os tratados internacionais comuns entram na ordem legal brasileira com status de norma supralegal, não podendo ser revogados por lei interna posterior, haja vista o disposto no art. 102, III, b, da Constituição Federal de 1988, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência de julgamento de recursos extraordinários que visarem a declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Segundo o autor, permitir a revogação unilateral de um tratado internacional por lei posterior que com ele conflite é medida não jurídica e incompreensível, que facilita a burla de compromissos internacionais anteriormente assumidos (MAZZUOLI, 2014, p. 468-473).

---

<sup>61</sup> O caráter coadjuvante e complementar do sistema internacional fica evidenciado na Convenção, em seu preâmbulo, que diz: Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Uma vez conferido o status de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos internalizados por quórum qualificado, deve o STF, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, proteger as normas e emendas constitucionais contra investidas do direito infraconstitucional, por meio das ações de controle concentrado, como a ADIN, ADECON e até mesmo pela ADPF, agora fundamentada também no preceito fundamental encontrado em tratados de direitos humanos formalmente constitucionais. Com efeito, pode-se dizer que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados pelo rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal servem de meio de controle concentrado de convencionalidade das normas de Direito interno, para além de servirem como paradigma para o controle difuso de convencionalidade (MAZZUOLI, 2014, p. 487).

Em suma, destaca-se que a Emenda Constitucional 45/2004 alargou o âmbito de proteção das normas constitucionais para abranger as normas a ela equiparadas, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos constitucionalizados pelo quórum qualificado, passando a caber, no STF, o duplo controle concentrado (de constitucionalidade e de convencionalidade) conferido pelo art. 102, I, a, da Constituição de 1988<sup>62</sup>, sempre que a constituição ou quaisquer normas a ela equiparadas estiverem sendo violados por normas infraconstitucionais.

### 3.2.2.2 O controle difuso de convencionalidade

Segundo o entendimento de Mazzuoli, serão objeto de controle difuso de convencionalidade os tratados de direitos humanos internalizados à ordem normativa brasileira pelo rito comum, ou seja, sem a votação pelo quórum qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, haja vista serem apenas materialmente constitucionais. Tal entendimento encontra guarida no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que atribui status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados sem o quórum qualificado, havendo apenas controle pela via da exceção, diferentemente dos tratados internacionais sobre direitos humanos com status de emenda constitucional (aprovados por maioria qualificada), que são formal e materialmente constitucionais e, por esse motivo, passíveis de controle de convencionalidade pela via das ações do art. 102, I, a, da Constituição Federal (MAZZUOLI, 2014, p. 489).

---

<sup>62</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Portanto, deve o controle difuso de convencionalidade ser exercido por todos os juízes e tribunais do país, inclusive do próprio STF ao analisar recurso extraordinário, *habeas corpus*, etc., mediante requerimento das partes ou *ex officio*, a fim de invalidar leis internas menos benéficas que o tratado de direitos humanos em causa, produzindo sua sentença efeito apenas entre os participantes do caso concreto (efeito *inter partes*).

### 3.2.2.3 O controle de suprallegalidade

Em relação aos tratados internacionais comuns, entende Mazzuoli, ao contrário do que pressupõe o STF, que não podem ser revogados por lei interna posterior, haja vista terem status de hierarquia superior ao das leis internas infraconstitucionais, de acordo com preceito da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>63</sup>. O próprio CTN aponta na mesma direção, ao estabelecer no seu art. 98 que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”, conforme já abordado no capítulo anterior. Assim, as leis contrárias aos tratados comuns serão inválidas por afronta ao princípio da hierarquia, já que estes tratados se encontram no plano suprallegal e, portanto, acima delas, sendo o controle de suprallegalidade sempre exercido pela via difusa.

## 3.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE DO DELITO DE DESACATO NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Como visto neste capítulo, toda lei, para que seja válida, precisa passar pelo duplo controle de compatibilidade vertical material.

Isto por que não basta que a lei seja compatível com a Constituição Federal, mas deve ser compatível com os tratados e convenções assinados pelo Brasil.

A partir do disposto acima, é inconteste a distinção entre o controle de constitucionalidade, que analisa a compatibilidade do texto legal com a Constituição, e o controle de convencionalidade, que analisa a compatibilidade do texto legal com os tratados, sem prejuízo da possibilidade do Controle externo de Convencionalidade realizado perante órgãos judiciais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Interamericana é clara ao dispor em seu art. 1º que “os Estados Partes na Convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir

---

<sup>63</sup> O art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados confere patamar de superioridade aos tratados internacionais comuns quando diz que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.



seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Com o escopo de examinar a compatibilidade entre atos internos e normas internacionais, a Corte verifica os casos a ela submetidos e aplica as regras de acordo com sua competência material.

Tendo o Brasil reconhecido a jurisdição da Corte, pode ele ser condenado por este tribunal nos casos de eventuais violações de direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, fato, aliás, ocorrido em diversas situações.

Inúmeras são as correntes existentes acerca dos controles de convencionalidade e constitucionalidade. Independentemente da corrente que se adote, é possível perceber a patente incompatibilidade do delito de desacato com o ordenamento jurídico pátrio, bem como com os organismos internacionais de defesa dos Direitos Humanos.

Sendo o Brasil signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, qualquer juiz ou tribunal poderá realizar os Controles difusos de Constitucionalidade ou de Convencionalidade, uma vez que a aludida Convenção tem *status* de norma suprallegal, ainda que infraconstitucional.

Neste sentido, apesar de dificultosa e paulatina a mudança na visão do poder judiciário na aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, importante se faz a menção da decisão<sup>64</sup> proferida em 2015 pelo magistrado Alexandre Moraes da Rosa, da Comarca da Capital de Santa Catarina, nos autos do processo 0067370-64.2012.8.24.0023. Na ocasião, o magistrado realizou o controle difuso de convencionalidade e, acertadamente, reconheceu a inexistência do crime de desacato, afastando a incidência do disposto no art. 331 do Código Penal por ser incompatível com o disposto na Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Esta decisão, contudo, não foi de vanguarda. No ano anterior, o Juiz Federal Edevaldo de Medeiros, da Comarca de Ponta Porã, Mato Grosso do Sul, rejeitou denúncia<sup>65</sup> apresentada pelo Ministério Público Federal ao considerar o desacato uma figura penal atípica, haja vista o conflito existente com o art. 13 do Pacto San Jose da Costa Rica.

---

<sup>64</sup> Sentença Penal 0067370-64.2012.8.24.002. Comarca da Capital/SC. Juiz Alexandre Moraes da Rosa. DJ 17/03/2015. TJSC, 2015.

<sup>65</sup> Autos do Processo 0000951-45.2013.403.6005. Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul – Quinta Subseção, Ponta Porã/MS. Juiz Federal Edevaldo de Medeiros, MS, 2014.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.640.084 - SP<sup>66</sup>, reconheceu, por meio de controle de convencionalidade, a incompatibilidade do crime de desacato com o disposto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo a Corte, em decisão da Quinta Turma, o crime de desacato não existe mais no ordenamento jurídico por ser incompatível com o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Para o Relator, Ministro Ribeiro Dantas, “a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito”. O Ministro embasa sua decisão sob a alegação de que “punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de San José da Costa Rica abolissem suas respectivas leis de desacato”.

Ao final da sua decisão, o Ministro Relator ainda argumentou que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a posterior responsabilidade do agente, civil ou penalmente, desde que motivada por abuso na expressão verbal ou gestual dirigida ao agente público.

O próprio STJ, contudo, equivocadamente, alterou seu entendimento em decisão proferida pela Terceira Seção, em apreciação ao HC 379269-MS<sup>67</sup>, manifestando-se pela manutenção do crime de desacato sob o argumento de que esse tipo penal preenche todos os requisitos necessários para se admitir restrição ao preceito da liberdade de expressão. Segundo o Relator, “além de ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública”.

Cabe agora a pacificação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Controle de Constitucionalidade, bem como de Convencionalidade no julgamento da ADPF 496, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB em outubro de 2017.

Sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, deverá o STF declarar a inconstitucionalidade do art. 331 do Código Penal tendo em vista a sua incompatibilidade com

---

<sup>66</sup> RE 1640084 - SP. Relator Ministro Ribeiro Dantas. DJ 01/02/2017. **STJ**, 2017.

<sup>67</sup> HC 379269 - MS. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ 30/06/2017. **STJ**, 2017.

preceitos fundamentais da liberdade de expressão (art. 5º, incs. IV e IX e art. 220), do princípio republicano (art. 1º, parágrafo único), da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX), da igualdade (art. 5º, caput) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º), bem como a incompatibilidade, pela via do Controle de Convencionalidade, do aludido dispositivo com o disposto no art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por todo o exposto neste capítulo.

Cumprido analisar que o STF, por sua vez, já reconheceu a inconstitucionalidade de diversas normas jurídicas que agrediam frontalmente a liberdade de expressão.

É o que se extrai do julgamento da ADPF 130<sup>68</sup>, em que a Corte julgou a Lei de Imprensa (Lei n. 5250/67) incompatível com a Constituição Federal. Segundo os Ministros, a lei de imprensa não pode permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, vez que “não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas”. Para o Ministro Menezes Direito, “quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”.

Já no julgamento da ADPF 187<sup>69</sup>, o STF liberou a realização dos eventos chamados “marcha da maconha” e atribuiu ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme à Constituição. Segundo o Ministro Celso de Mello, não se pode proibir um movimento social espontâneo que reivindica, por meio da livre manifestação do pensamento, “a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista do consumo de drogas e dos efeitos que esse modelo produziu em termos de incremento da violência”.

Para o Ministro Cezar Peluso, “a liberdade de expressão é uma emanção direta do valor supremo da dignidade da pessoa humana e um fator de formação e aprimoramento da democracia”, razão pela qual as manifestações públicas em defesa da legalização de drogas não foram proibidas.

Por fim, cita-se o julgamento da ADI 4815<sup>70</sup>, em que, por unanimidade, a Corte declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. Segundo a relatora Ministra Carmen Lúcia, a própria Carta Política proíbe “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, não podendo uma regra infraconstitucional, com é o caso do Código Civil, prever medidas que anulem o direito de expressão e criação de obras literárias.

---

<sup>68</sup> ADPF 130 - DF. Relator Ministro Carlos Brito. DJ 30/04/2009. **STF**, 2009.

<sup>69</sup> ADPF 187 - DF. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 15/06/2011. **STF**, 2011.

<sup>70</sup> ADI 4815 - DF. Relator Ministra Carmen Lúcia. DJ 10/06/2015. **STF**, 2015.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, o julgamento da ADI 4815 abrangeu controvérsia entre a liberdade de expressão e o direito à informação e os direitos da personalidade, sendo que exigência de autorização prévia para a publicação de biografias enfraquece a liberdade de expressão, que tem posição preferencial dentro do sistema constitucional. “Essa posição decorre tanto do texto constitucional como pelo histórico brasileiro de censura a jornais, revistas e obras artísticas, que perdurou até a última ditadura militar”, concluiu o Ministro.

Conforme se depreende dos julgamentos anteriores, o STF vem conferindo um grau maior de proteção à liberdade de expressão ao fazer a correta leitura do disposto na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, em total respeito aos direitos humanos. Aguarda-se que a Corte decida, em completa conformidade com os preceitos jurídicos normativos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Interamericana, pela inaplicação do delito de desacato no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é direito fundamental indissociável de qualquer governo democrático, e por esta razão não pode ser relegada, excluída ou limitada. Trata-se de instrumento ímpar à preservação da soberania popular, já que a pluralidade de opiniões é fator essencial à formação da livre vontade. Vale dizer que “a liberdade de criticar os governantes é um meio indispensável de controle de uma atividade que é tão interesseira e egoísta como a de qualquer outro agente social (MENDES e BRANCO, 2014, p. 264)”.

As leis penais, que surgiram com o anseio de resguardar a coletividade e promover uma sociedade mais pacífica, descendem de uma história marcada por inúmeras barbáries da humanidade. Não é demais lembrar que esse tipo penal ganhou força nos períodos autoritários e ditatoriais vivenciados no Brasil e, desde então, não perdeu a sua carga punitiva na medida em que silencia as ideias e opiniões do clamor público.

Como visto no terceiro capítulo, o crime de desacato é uma figura penal ainda vigente no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, em um Código Penal datado de 1940. Por ser um tipo penal de tessitura bastante aberta, o delito abarca diversos tipos de conduta e vincula a sua configuração à interpretação do julgador, facilitando a ocorrência de arbitrariedades por parte dos agentes públicos e, conseqüentemente, sua aplicação gera enorme insegurança jurídica.

Esta relação íntima entre o desacato e o abuso de poder, aliás, reflete excessos cometidos pelos agentes públicos e só serve para legitimá-los, prestando-se como instrumentos indiretos de intimidação. Somado a isso, não devem as opiniões sociais passar pelo crivo do Estado para que este as confira validade. Deve o Estado, aliás, abster-se de interferir na esfera da liberdade individual de cada um, sob pena de incorrer em censura.

As leis de desacato ferem diretamente o Estado Democrático de Direito já que proporcionam maior nível de proteção aos agentes públicos do que aos particulares, em clara afronta ao princípio da igualdade formal, invertendo diretamente a lógica do princípio fundamental de uma democracia. Este sistema pressupõe justamente um maior controle social aos assuntos de interesse público, em especial àqueles que estão sujeitos a maior observação por parte da sociedade justamente por ocuparem cargos públicos.

No tocante à tutela das leis, o Estado de Direito pressupõe a aplicação das suas normas de acordo com o consignado na Carta Política e com os documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos dos quais faça parte. Não se olvida, inclusive, que este duplo controle vertical de compatibilização das leis não é faculdade do aplicador da lei, mas se trata de obrigação do Estado.

Nesse sentido, é patente a incompatibilidade da aplicação do desacato por um sistema constitucional que enaltece o respeito ao sistema democrático de direito e assina documentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Não se justifica, aliás, a existência de um amontoado normativo punitivo que não se preste à preservação e à defesa dos cidadãos e de seus bens jurídicos. Nesta toada, é inaceitável, hodiernamente, que a Administração Pública, especialmente “o prestígio da função pública”, sejam considerados bens jurídicos relevantes e merecedores de proteção legal em detrimento de um direito fundamental de tamanha importância quanto à liberdade de expressão.

Não se discute a honra do servidor público enquanto pessoa humana, pois para isso existem os crimes contra a honra. A questão é a posição de superioridade hierárquica que o tipo penal de desacato confere àqueles que, por desempenharem funções públicas, estão sujeitos à maior fiscalização da população, afrontando veementemente o princípio republicano e a igualdade formal entre as pessoas.

Diante do que foi exposto ao longo da presente pesquisa concluiu-se, por fim, que deve o Estado brasileiro adequar suas leis ao disposto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ainda que por meio de controle de convencionalidade, adotar medidas legislativas ou de outra natureza com vistas à manutenção da segurança jurídica em matéria de política criminal e à salvaguarda da liberdade de expressão enquanto preceito fundamental tônico do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

### A) BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 268, p. 569-584, junho 2017.

BARROS, Thiago José de Oliveira. **Desacato e controle de convencionalidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília, 23 janeiro 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,desacato-e-controle-de-convencionalidade,58168.html>>. Acesso em: 07 abril 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado: Tratado de Direito Penal Parte Especial**. 3ª. ed. Curitiba: Saraiva, v. 2, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALHAU, Lélío Braga. **Crítica Garantista à criminalização do Desacato**. Justilex, Brasília, p. 24-25, novembro 2004.

\_\_\_\_\_. **Desacato**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. **Tratados internacionais de direitos humanos e controle de convencionalidade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, p. 254, julho-agosto 2017.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Fredson. **A Soberania estatal e os Direitos Humanos: um debate atual sobre os limites do Poder do Estado**. Revista JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://fredsonsousa.jusbrasil.com.br/artigos/256801164/a-soberania-estatal-e-os-direitos-humanos-um-debate-atual-sobre-os-limites-do-poder-do-estado>>. Acesso em: 28 maio 2018.

DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. **A prevalência dos tratados internacionais em matéria tributária**. Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-prevalencia-dos-tratados-internacionais-em-materia-tributaria,590383.html>>. Acesso em: 28 maio 2018.

FALSARELLA, Christiane Mina. **A Liberdade de Expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, n. 61, p. 149-174, julho-dezembro 2012.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1981.

GALVÃO, Bruno Haddad. **Liberdade de expressão: O crime de desacato e os direitos humanos**. Conjur, 15 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-15/bruno-galvao-desacato-comissao-interamericana-direitos-humanos>>. Acesso em: 7 de abril de 2018.

GOLDSTEI, Abraham. **Desacato a servidor público e abuso de autoridade**. Correio Forense, Paraíba, 19 fevereiro 2014. Disponível em: <<http://www.correioforense.com.br/colunas/desacato-servidor-publico-e-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 8 abril 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 10<sup>a</sup>. ed. Niterói: Ímpetus, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. 14<sup>a</sup>. ed. Niterói: Ímpetus, v. 3, 2017.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 9, 1955.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 14<sup>a</sup>. ed. São Paulo: LTr, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. 13<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2007.

JUNIOR, Antonio Gasparetto. **História Brasileira**. Censura no Regime Militar, 2010. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-republica/censura-no-regime-militar/>>. Acesso em: 25 abril 2018.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. **As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro**. Jus, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14521/as-sentencas-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-o-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 14 abril 2018.

LOPES, Dirceu Fernandes. **Uma história marcada por censura e resistência**. Observatório da Imprensa, 2008. Disponível em: <[http://observatoriodaimprensa.com.br/entre-aspas/uma\\_historia\\_marcada\\_por\\_censura\\_e\\_resistencia/](http://observatoriodaimprensa.com.br/entre-aspas/uma_historia_marcada_por_censura_e_resistencia/)>. Acesso em: 25 abril 2018.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: [s.n.], 2002.

MASSON, Cléber. **Código Penal Comentado**. 2<sup>a</sup>. ed. São PAULO: Método, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal esquematizado**. 7<sup>a</sup>. ed. Aparecida, SP: Método, v. 3, 2017.



MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito dos Tratados**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista Informação Legislativa, Brasília, n. 181, p. 113-139, Jan-Mar 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9º. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Ismael Evangelista Benevides. **Emenda Constitucional nº 26/1985 à Constituição Federal de 1967: manifestação do Poder Constituinte ou Evolutivo?** Jus Navigandi, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24932/emenda-constitucional-n-26-1985-a-constituicao-federal-de-1967-manifestacao-do-poder-constituente-ou-evolutivo>>. Acesso em: 27 abril 2018.

LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **Os crimes no Direito Romano**. Direito Romano Lacerda, 11 janeiro 2013. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/01/11/os-crimes-no-direito-romano-os-crimes-de-estado/>>. Acesso em: 8 abril 2018.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1988.

PINHEIRO, Adriano Martins. **A prisão por desacato e o abuso de autoridade: A reação em cadeia**. JusBrasil, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://adriano-pinheiro.jusbrasil.com.br/artigos/217758765/a-prisao-por-desacato-e-o-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: 7 abril 2018.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Os símbolos nacionais e a liberdade de expressão**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil**. PGE, 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>>. Acesso em: 14 abril 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª, rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: [s.n.], 2016.

RAMOS, Beatriz Drague. **Por que descriminalizar o desacato?** Carta Capital, 23 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/por-que-descriminalizar-o-desacato>>. Acesso em: 7 abril 2018.

ROCHA, Isabela Arrais MOURA, João Carlos. MENDONÇA, Bruna Pinheiro de. **Desacato:** o meio protetor para a não incidência do abuso de autoridade policial. Revista Jus Navigandi, abril 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58477/desacato-o-meio-protetor-para-a-nao-incidencia-do-abuso-de-autoridade-policial>>. Acesso em: 7 abril 2018.

ROMANO, Karoline. **Os Direitos Humanos como fonte de interpretação da lei.** Carta Capital, 9 fevereiro 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/09/os-direitos-humanos-como-fonte-de-interpretacao-da-lei/>>. Acesso em: 8 abril 2018.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O controle de convencionalidade das leis:** uma análise na esfera internacional e interna. Revista da CAAP, Belo Horizonte, v. 61, p. 61-96, 2012.

SANTORO, Luciano. **Fogo Cruzado em Audiência:** Desacato X Abuso de Autoridade. Jornal Carta Forense, São Paulo, 3 outubro 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/fogo-cruzado-em-audiencia-desacato-x-abuso-de-autoridade/507>>. Acesso em: 8 abril 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10<sup>a</sup>. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade na ordem jurídico-constitucional brasileira na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.** Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 5, p. 183-220, janeiro-julho 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Valdeonne Dias da. **Abordagem policial e abuso de autoridade em busca pessoal.** Revista Jus Navigandi, Teresina, 8 maio 2017. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28050>>. Acesso em: 7 abril 2018.

SOARES, Carina de Oliveira. **Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro:** análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9431&revista\\_caderno=16#\\_ftn68](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16#_ftn68)>. Acesso em: 28 maio 2018.

SOARES, Claudio Leal. **O crime de desacato e a honra funcional como bem jurídico.** DireitoNet, 8 julho 2005. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2157/O-crime-de-desacato-e-a-honra-funcional-como-bem-juridico>>. Acesso em: 8 abril 2018.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, v. 1, 1997.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Liberdade de expressão "versus" direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 20 junho 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24266>>. Acesso em: 18 abril 2018.

## B) LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Ato institucional nº 5**, 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 23 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**, 7 dezembro 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 7 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça**. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh>>. Acesso em: 14 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 23 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**, 5 outubro 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 8 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Presidência da República, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 2 junho 2018.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 26**, de 27 de novembro de 1985. Presidência da República, 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm)>. Acesso em: 2 junho 2018.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Presidência da República, Brasília, 30 dezembro 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 2 junho 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei de Abuso de autoridade**, Brasília, 9 dezembro 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm)>. Acesso em: 8 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Convenção de Havana sobre os Tratados de 1928**, 1928. Disponível em: <[https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao\\_havana\\_tratados.pdf](https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao_havana_tratados.pdf)>. Acesso em: 1 maio 2018.

IMPÉRIO DO BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 23 abril 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**, 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 1 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, 1969. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <<http://oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Políticos.pdf>>. Acesso em: 18 abril 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 14 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, 1948. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 18 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão: Antecedentes e Interpretação da Declaração de Princípios**, 2000. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&IID=4>>. Acesso em: 23 junho 2018.

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 23 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 23 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 23 abril 2018.

### C) JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Justiça Estadual de Santa Catarina - Comarca da Capital. Sentença Penal 0067370-64.2012.8.24.002 – SC. Juiz Alexandre Morais da Rosa. DJ 17/03/2015. **TJSC**, 2015.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul – Quinta Subseção, Ponta Porã/MS. Processo Nº 0000951-45.2013.403.6005. Juiz Federal Edevaldo de Medeiros. **JFMS**, 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 379269 - MS. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ 30/06/2017. **STJ**, 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: RE 1640084 - SP. Relator Ministro Ribeiro Dantas. DJ 01/02/2017. **STJ**, 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 1480 - DF. Relator Ministro Celso de Melo. DJ 08/08/2001. **STF**, 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 2158 - PR. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 01/09/2000. **STF**, 2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 2189 - PR. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 09/06/2000. **STF**, 2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4815 - DF. Relator Ministra Carmen Lúcia. DJ 10/06/2015. **STF**, 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 130 - DF. Relator Ministro Carlos Brito. DJ 30/04/2009. **STF**, 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 153 - DF. Relator Ministro Eros Grau. DJ 29/04/2010. **STF**, 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 187 - DF. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 15/06/2011. **STF**, 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 83996 - RJ. Relator Ministro Carlos Velloso. DJ 17/08/2004. **STF**, 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 466343-1 - SP. Relator Ministro Cezar Peluso. DJ 05/06/2009. **STF**, 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 8004 - SE. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. DJ 29/12/1977. **STF**, 1977.